

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# PRÁTICA PROCESSUAL

## *Constitucional e Administrativa*

Coordenação:

Lilian Rose Lemos Rocha

André Pires Gontijo





Lilian Rose Lemos Rocha

André Pires Gontijo

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# PRÁTICA PROCESSUAL

## *Constitucional e Administrativa*

**Organizadores:**

*Naiara Ferreira Martins*

*Pedro Almeida Costa*

*Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira*

*Rafael de Almeida Guimarães*

*Tércia Martins de Barros Ferreira*

Brasília, 2016.

## **REITORIA**

### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

### **Vice-Reitor**

Edevaldo Alves da Silva

### **Pró-Reitora Acadêmica**

### **Presidente do Conselho Editorial**

Elizabeth Lopes Manzur

### **Pró-Reitor Administrativo-Financeiro**

Gabriel Costa Mallab

### **Secretário-Geral**

Maurício de Sousa Neves Filho

## **DIRETORIA**

### **Diretor Acadêmico**

Carlos Alberto da Cruz

### **Diretor Administrativo-Financeiro**

Geraldo Rabelo

## **INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD**

### **Diretor**

João Herculino de Souza Lopes Filho

### **Diretor Técnico**

Rafael Aragão Souza Lopes

### **Capa**

UniCEUB | Departamento de Comunicação e Marketing | ACC

### **Projeto Gráfico e Diagramação**

AR Design

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

Caderno de pós-graduação em direito : prática processual, constitucional e administrativa / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha, André Pires Gontijo. – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2016.

107 p.

ISBN 978-85-61990-50-3

I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 340.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336



<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>7</b>
<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF 132) .....</b>	<b>11</b>
<i>LUCAS DE OLIVEIRA CRUZEIRO</i>	
<b>A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA DISCUTIDA NA ADI 9.343 .....</b>	<b>21</b>
<i>FLÁVIA APARECIDA PIRES ARRATIA</i>	
<b>O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM ATUADO COMO UMA TERCEIRA CASA DO CONGRESSO OU COMO UM O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....</b>	<b>39</b>
<i>ALEXANDRE SANCHES DE OLIVEIRA</i>	
<b>O PROCESSO CONSTITUCIONAL DA ADI 3.510 .....</b>	<b>51</b>
<i>EDOARDO HENRIQUE SOUSA GUIMARÃES</i>	
<b>RECURSO EXTRAORDINÁRIO .....</b>	<b>73</b>
<i>ANDERSON RODRIGUES ALENCAR</i>	
<b>OBJETIVIZAÇÃO DOS PROCESSOS SUBJETIVOS: A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>83</b>
<i>CAMILA DA SILVA BARREIRO</i>	





## PREFÁCIO

**P**ioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *e-book*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.





# APRESENTAÇÃO

O processo constitucional é uma disciplina jurídica em desenvolvimento no Brasil. Enquanto na América Latina há uma imersão no conceito, na ordem jurídica brasileira persiste o desafio de criar uma metodologia própria de análise do discurso de proteção dos direitos processuais e dos direitos fundamentais discutidos pelos poderes públicos.

O processo constitucional consiste no procedimento que viabiliza a concretização do conteúdo material contido na Constituição. Este caminho é pouco discutido na doutrina e na jurisprudência. A Lei n. 9.868/99 e a Lei n. 9.882/99 fomentam o debate, mas não cuidam da essência. Desse modo, cabe à academia exercer o seu papel crítico: o de conceituar, criticar e auxiliar os responsáveis pelo processo de tomada de decisão constitucional.

Esta coletânea trabalha bem este papel. As pesquisas selecionadas contêm elementos importantes para a construção da teoria – e implementação da prática – do processo constitucional na realidade brasileira.

São contribuições dogmáticas que retratam pontos importantes e específicos da prática do processo constitucional no dia-a-dia da vida do intérprete jurídico. Cada qual com seu estilo, todas reúnem o desejo de desafiar e conquistar o seu espaço de contribuição para a formulação da disciplina processual constitucional.

**Lilian Rose Lemos Rocha**

Coordenadora da Pós-Graduação em Direito-ICPD/ UniCEUB

**André Pires Gontijo**

Professor da Pós-Graduação em Direito do UniCEUB/ICPD





# ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF 132)

Lucas de Oliveira Cruzeiro<sup>1\*</sup>

## RESUMO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi prevista no texto original da Constituição de 1988. Existe razoável consenso doutrinário de que a Lei n. 9.882/99 deixou de explicitar de forma clara o sentido e alcance da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Uma grande diferença fundamental para o correto entendimento desta espécie de ação em controle abstrato é que a ADPF não é uma arguição de descumprimento de “constitucionalidade”, mas sim, uma arguição de descumprimento de “preceito fundamental”. Vale ressaltar que preceito não se confunde com princípio. Preceito é sinônimo de norma. E norma pode ser tanto princípio quanto regra. O parâmetro de controle na ADPF é mais restrito que na ADI e ADC, porque apenas a violação de preceito fundamental é passível de ADPF. Contudo, no que se refere ao objeto, a lógica se inverte, a ADPF é mais abrangente do que a ADI e a ADC. Daí reside a razão de existir da ADPF: objetos que não poderiam ser impugnados via ADI e ADC, poderão ser levados ao STF por meio de ADPF. A ADPF 132 tratou-se, inicialmente, de arguição de descumprimento de Preceito Fundamental, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Ocorre, que tendo em vista o descumprimento dos Preceitos Fundamentais, questiona-se a tenuidade do cabimento da ADPF ou de uma ADI ou ADC. Como solução para a problemática a jurisprudência optou por aplicar o Princípio da Fungibilidade para a ADPF. o Princípio da Subsidiariedade é de igual relevância para a ADPF. Na ADPF 132 foi viabilizado o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos. **PALAVRAS-CHAVE:** Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. STF. ADPF 132.

## ABSTRACT

The fundamental precept of non-compliance complaint was envisaged in the original Constitution of 1988. There is reasonable doctrinal consensus that Law No. 9882/99 fai-

<sup>1</sup> \* Pós-graduando lato sensu pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD.

led to explain clearly the meaning and scope of the complaint of breach of fundamental precept. A great fundamental difference to the correct understanding of this kind of action in abstract control is that the ADPF is not a complaint of breach of a “constitutional”, but a complaint of breach of “fundamental precept.” It is noteworthy that provision should not be confused with principle. Precept is synonymous standard. And standard can be both principle and rule. The control parameter in ADPF is more restricted than the ADI ADC and because only a breach of fundamental precept is subject to ADPF. However, with regard to the object, the logic is reversed, the ADPF is broader than the ADI and ADC. There lies the *raison d'être* of the ADPF: objects that could not be challenged via ADI ADC and may be brought to the Supreme Court through ADPF. The ADPF 132 treated Initially, the complaint of breach of fundamental precept, equipped with application for preliminary injunction, proposed by the Governor of the State of Rio de Janeiro. It occurs, which in view of the breach of the fundamental precepts, we question the appropriateness of the thinness of the ADPF or an ADI or ADC. As a solution to the problem jurisprudence has chosen to apply the principle of fungibility for ADPF. The Principle of Subsidiarity is of equal relevance to the ADPF. In ADPF 132 was made possible disposal of any intellection, which discriminate against stable coexistence of homosexual servers.

**KEY WORDS:** Complaint of breach of fundamental precept. STF. ADPF 132.

## 1. ASPECTOS GERAIS DA ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi prevista no texto original da Constituição de 1988, somente vindo a ser regulamentada onze anos depois, com a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispôs sobre seu processo e julgamento. Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era pela não auto aplicabilidade da medida. A ADPF vem inserir-se no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sob o signo da singularidade, não sendo possível identificar proximidade imediata com outras figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão ou o “*writ of certiorari*” do direito norte-americano. E, apesar de fundado temor inicial, é certo também que ela não se prestou, ao menos nesses primeiros anos, a uso análogo ao da extinta advocatória, existente no direito constitucional brasileiro do regime militar. (BARROSO, 2012) Há razoável consenso



doutrinário de que a Lei n. 9.882/99 não apenas deixou de explicitar de forma clara o sentido e alcance da arguição de descumprimento de preceito fundamental — acerca da qual havia amplo desencontro doutrinário — como, ademais, ainda criou algumas perplexidades adicionais. Tal fato foi agravado pelo veto presidencial a dispositivos do projeto aprovado, desfigurando a proposta original. De todo modo, a despeito de certas dificuldades apresentadas pelo texto, a disciplina lacônica dada pela lei transferiu para o Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto por via de construção jurisprudencial. É possível supor, assim, que esse remédio constitucional possa ser projetado para uma dimensão mais elevada, superadora, inclusive, de suas motivações iniciais. (BARROSO, 2012)

O conhecimento convencional em matéria de controle de constitucionalidade reafirma, rotineiramente, que a regra no direito brasileiro é a fiscalização incidental e difusa. A verdade, no entanto, é que a Lei n. 9.882/99 vem reforçar uma tendência que se tem manifestado nos últimos anos de ampliação do papel da jurisdição constitucional concentrada e abstrata. (BARROSO, 2012)

Ademais, cabe ressaltar que além da ADI e da ADC, a ADPF também está prevista no art. 102, §1º, da Constituição Federal: "A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". De fato, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) tem muitas características diferentes da ADI e da ADC. Se ADI e ADC são bem próximas, a ADPF já possui várias diferenças em relação àquelas. Não é por outro motivo que existe uma lei específica regulando a ADPF (Lei n. 9882/99), e outra lei que se aproveita para ADI e ADC (Lei n. 9868/99). (FERREIRA, 2013)

## **2. A ADPF E SUAS ESPECIFICIDADES**

Uma primeira grande diferença fundamental para o correto entendimento desta espécie de ação em controle abstrato é que a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) não é uma arguição de descumprimento de "constitucionalidade", mas sim, uma arguição de descumprimento de "preceito fundamental". Ou seja, enquanto o parâmetro de controle da ADI e da ADC, como se sabe, é qualquer norma formalmente constitucional, inclusive os

princípios implícitos e os tratados de direitos humanos com status constitucional, formando o chamado bloco de constitucionalidade, na ADPF, por sua vez, o parâmetro é um “preceito fundamental”. Na verdade, todo preceito fundamental é uma norma formalmente constitucional, integra o bloco de constitucionalidade, mas nem toda norma constitucional é um preceito fundamental. Logo, não é qualquer norma formalmente constitucional que servirá de parâmetro para a ADPF. (FERREIRA, 2013)

Portanto, isso significa que, no que se refere ao parâmetro de controle, a ADPF é mais restrita que a ADI e a ADC, porque enquanto nestas pode-se impugnar uma lei ou ato normativo em face da Constituição Federal como um todo, considerando todas as normas formalmente constitucionais integrantes do bloco de constitucionalidade, na ADPF, por seu turno, será possível arguir o descumprimento de lei ou ato normativo em face apenas de “preceito fundamental”, parte menor contida no todo das normas constitucionais. Assim, nem toda norma integrante do bloco de constitucionalidade é um preceito fundamental, logo, a ADI e a ADC possuem parâmetro de controle mais abrangente do que a ADPF. (FERREIRA, 2013)

Vale ressaltar que preceito não se confunde com princípio. Preceito é sinônimo de norma. E norma pode ser tanto princípio quanto regra. Então, é perfeitamente possível ter uma norma-regra que seja considerada preceito fundamental. Logo, temos preceitos que são princípios, mas temos também preceitos que são regras. O que importa é que não será cabível uma ADPF em face de dispositivo constitucional que não seja um preceito fundamental. O parâmetro de controle na ADPF é mais restrito que na ADI e ADC, porque apenas a violação de preceito fundamental é passível de ADPF.

Em outras palavras, o Jurista Marcelo Novelino (2012, p.324) dita o seguinte:

“O parâmetro constitucional para o cabimento da ADPF não abrange a Constituição por inteiro: há de ser um preceito fundamental. Preceito é o modo de agir imposto por um determinado dispositivo. Na qualidade de norma jurídica, o preceito pode ser um princípio ou uma regra. Para que seja considerado fundamental, há de ser imprescindível para preservar a identidade da Constituição e o regime por ela adotado.

Entre os preceitos aos quais não se pode negar o caráter de fundamental estão: os princípios fundamentais (Título I), os direitos e garantias fundamentais (Título II), os preceitos que conferem autonomia aos entes federativos, os princípios constitucionais sensíveis (CF, art 34, VII) e as cláusulas pétreas.”

Partindo desse pressuposto, se o parâmetro de controle da ADPF é mais restrito que na ADI e na ADC, pode-se, então, indagar: porque criar a ADPF, se já existe ADI e ADC e o parâmetro de controle destas abrange àquela? (FERREIRA, 2013)

Ocorre que, como sabemos, para o exercício do controle de constitucionalidade, precisamos de dois elementos: objeto e parâmetro. No que se refere ao parâmetro, a ADPF é mais restrita do que a ADI e ADC, porque o parâmetro são apenas as normas constitucionais que revelam preceitos fundamentais. Contudo, no que se refere ao objeto, a lógica se inverte, a ADPF é mais abrangente do que a ADI e a ADC. Quer dizer, outros objetos que não podem ser impugnados via ADI ou ADC, poderão sê-lo via ADPF. Então, temos na ADI e na ADC menos objetos podendo ser impugnados em face de um parâmetro maior (todas as normas formalmente constitucionais), já na ADPF, é o inverso, mais objetos podem ser impugnados em face de um parâmetro menor (somente preceitos fundamentais). Daí reside a razão de existir da ADPF: objetos que não poderiam ser impugnados via ADI e ADC, poderão ser levados ao STF por meio de ADPF. (FERREIRA, 2013)

Destarte, é de grande importância frisar que a doutrina, de maneira praticamente unânime, tem extraído da Lei n. 9.882/99 a existência de dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a) a arguição autônoma e b) a arguição incidental. A autônoma tem sua previsão no art. 1º, caput: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. E a incidental decorreria do mesmo art. 1º, parágrafo único, I: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, combinado com o art. 6º, § 1º, da mesma lei:



“Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. (BARROSO, 2012)

No caso da arguição autônoma, além do pressuposto geral da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (o que lhe dá um caráter de subsidiariedade), exige-se (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental e (ii) um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la. Trata-se, inequivocamente, de uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2012)

### **3. ADPF 132**

Um exemplo de arguição autônoma que tomou grandes proporções midiáticas, haja vista sua importância para conceptualização do que pode ser considerado preceitos e do que pode ser considerado como simples afronta a um dispositivo constitucional foi a ADPF 132, que foi julgada juntamente com a ADIN 4277.

A ADPF 132 tratou-se, inicialmente, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Descumprimento que resulta: I – da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual; II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”. (BRITTO, 2011)

Ditam, assim, os referidos artigos do decreto-lei 220/1975:

“Art. 19 - Conceder-se-á licença:

(...)II - por motivo de doença em pessoa da família, com

vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

(...)V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.”

Ocorre, que tendo em vista o descumprimento dos supracitados preceitos fundamentais, questiona-se a tenuidade do cabimento da ADPF ou de uma ADI. Isso, não é raro e acaba gerando por algumas vezes certo desconforto jurídico e fazendo com certas petições iniciais hajam pedidos no sentido de converter a ADPF em ADI caso a Corte julgue a conversão pertinente, e assim o foi feito também na petição proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro na ADPF 132.

Como solução para a problemática a jurisprudência optou por aplicar o princípio da fungibilidade para a ADPF caso uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seja irregularmente proposta no STF, ela poderá ser reaproveitada pelo Tribunal e tramitar na condição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, superando o arquivamento imediato. (MARQUES, 2013)

Considera-se fungível tudo aquilo que é passível de ser substituído. O princípio da fungibilidade não é apenas a substituição de um recurso por outro, mas a troca de uma medida processual por outra que, apesar de aplicada equivocadamente, serve para se alcançar o fim do processo sem prejuízo das partes. O princípio da fungibilidade é uma maneira de diminuir o rigor das formas processuais. A fungibilidade recursal, especificamente, é extremamente importante para impedir que um “erro tolerável” prejudique o acesso à justiça que é uma garantia constitucional. (SANTOS, 2010)

Cabe frisar que apesar da importância do princípio da fungibilidade, o Princípio da Subsidiariedade é de igual relevância para a ADPF, haja vista que este tipo específico de ação só é cabível quando não existir outro meio igualmente eficaz para sanar a lesividade. na verdade, o caráter subsidiário não significa a inexistência de outro meio, mas a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade. então, para o exame de admissibilidade da ADPF não basta verificar a mera existência, em tese, de outro meio para sanar a lesividade, mas ainda, que esse meio seja igualmente eficaz, só assim não caberá ADPF se existir outro meio, mas este for ineficaz, ou tiver eficácia insuficiente, então caberá a ADPF. Atualmente, o STF vem entendendo que esse outro meio processual, para ser igualmente eficaz, tem que ter a mesma efetividade, amplitude e imediatividade da ADPF. não é simplesmente a existência de outro meio processual cabível à hipótese que elimina o cabimento de ADPF, mas o caráter de subsidiariedade desta, segundo o entendimento da ADPF, deve ser visto sob dois fatores: existência de outro meio processual e igual eficácia deste (efetividade, amplitude, imediatividade). (FERREIRA, 2013)

Ademais, levando-se em consideração a os princípios já citados, no que se refere a ADPF 132 foi viabilizado o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais. O que, em princípio, seria viável, pois os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de “interpretação conforme à Constituição”, quando uma das



vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal. (BRITTO, 2011)

#### **4. CONCLUSÃO**

Cabe indagar, o que seria então preceito fundamental? Em tese, não existe um conceito preciso retirado da Constituição Federal, tampouco da Lei 9882/99 que regula a ADPF. Coube à doutrina e jurisprudência fazê-lo. Consideram-se preceito fundamental as normas imprescindíveis à identidade e ao regime adotado pela Constituição. Quer dizer, é uma parte menor integrante da Constituição que lhe confere a sua essência. Mas, a rigor, não existe um conceito legal de quais as normas constitucionais são exatamente preceitos fundamentais. Na ADPF nº. 01 julgada no âmbito do STF, inclusive, ficou consignado que somente o próprio STF, como guardião da Constituição, é quem poderia dizer quais são os preceitos fundamentais constitucionais, aquelas normas que conferem identidade e são a essência do regime constitucional.

Independentemente do que pode ser considerado ADPF ou ADI, cabe concluir que no julgamento da ADPF 132, pontuou-se que o sexo da pessoa não deve ser usado como fator de desigualação jurídica e que a expressão “família” utilizada pela Constituição Federal não se limita a formação de casais heteroafetivos, devendo-se reconhecer a união homoafetiva como família segundo as mesmas regras e consequências da união segundo as mesmas regras e consequências da união homoafetivas.

#### **5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Ações de controle de constitucionalidade: comparação. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26029>>. Acesso em: 4 de out. 2015.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. São Paulo: Ed. Método, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. Acórdão ADPF 132. STF, 2011.

MARQUES, Gabriel. ADPF e Princípio da Fungibilidade. Disponível em: <<http://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/111561837/adpf-e-principio-da-fungibilidade>>. Acesso em: 5 de out. 2015.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro. O princípio da fungibilidade recursal como garantia do fim social do processo. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8710](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8710)>. Acesso em : 5 out. 2015.

# A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA DISCUTIDA NA ADI 9.343

Flávia Aparecida Pires Arratia<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o tema relacionado à legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública dando enfoque a função que desempenha a Defensoria, no que diz respeito ao acesso à Justiça. A matéria foi analisada em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de nº 3.943, e quando do julgamento desta ação o Supremo Tribunal Federal com base na Constituição de 1988 juntamente com a lei que trata dos legitimados para propor ação civil pública delineou pontos importantes acerca do papel que cumpri a Defensoria Pública nos dias atuais.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Acesso à Justiça. Legitimidade *ad causam*. Ação Civil Pública.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the issue related to the legitimacy of the Public Defender to propose civil action by focusing on the role played by the Ombudsman, with regard to access to justice. The matter was examined in Right Action thirst for Unconstitutionality No. 3943 and when the trial of this action the Supreme Court based on the 1988 Constitution with the law dealing with legitimate to propose civil action outlined important points about the role that fulfill the Public Defender today.

**Key words:** Public defense. Access to justice. Legitimacy *ad cause*. Public Civil Action.



## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intenção abordar o tema que foi debatido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF, uma vez que em referida ação discutiu-se a legitimidade *ad causam* da Defensoria Pública para propor ação civil pública.

Mencionada ação foi proposta em 16 de agosto de 2007 pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, nesta ADI foi questionado a validade constitucional do artigo 5º, inciso II, da Lei 7.347/85, esta que foi alterada pela Lei 11.448 de janeiro de 2007, em referido instituto reconheceu-se a legitimidade da Defensoria Pública para ingressar com ação civil pública, em prol da tutela dos direitos transindividuais e individuais homogêneos.

O caso levado para a mais alta corte de justiça, qual seja o Supremo Tribunal Federal quando decidido trouxe importantes conceitos no que se refere ao papel que exerce a Defensoria Pública no contexto atual de verdadeira busca pela concretização dos direitos constitucionais.

Neste contexto, será importante rememorar como surgiu a Defensoria Pública no Brasil, qual a sua função para garantir maior acesso à justiça, e mais, o que é a ação civil pública, o que são direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Ao final, pontuar quais os elementos que serviram de base na formação da convicção dos julgadores do Supremo Tribunal Federal no momento de dizer o direito, qual seja se a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública. Do ponto de vista crítico avaliar qual o real alcance da citada decisão.

## 2. A AÇÃO CÍVEL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO EFETIVO DE ACESSO À JUSTIÇA

Tratando-se de acesso à Justiça é memorável a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em referido trabalho os autores consignam que definir o que seja acesso à Justiça não é tarefa simples, todavia utilizando referida expressão duas finalidades básicas do sistema jurídico poderão ser apontadas, entendendo como este sistema o meio pelo qual as pessoas têm a possibilidade de reivindicar

direitos ou solucionar controvérsias sob o olhar do Estado<sup>2</sup>.

No que tange as duas finalidades básicas supracitadas dizem mencionados autores que a primeira seria tornar basilar o sistema, ou seja, o sistema deve ser de maneira igual acessível a todos, e a segunda estaria ligada aos resultados que o sistema deve produzir de maneira individual e socialmente justos<sup>3</sup>.

De qualquer forma, pensar em justiça social é vincular indissociavelmente a ideia de acesso efetivo a esfera jurisdicional, é avaliar não só a criação da lei como forma a identificar anseios sociais, mas também a maneira como referidos anseios por meio do direito são efetivamente concretizados.

No Brasil, a primeira lei a trazer o tema da tutela dos interesses transindividuais foi a Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, conhecida por Lei da Ação Popular, referido diploma concedia ao cidadão a legitimidade para agir em nome da defesa do patrimônio público<sup>4</sup>.

Posteriormente, houve referência da ação civil pública na Lei Complementar 40, de 13 de dezembro de 1981, Lei Orgânica do Ministério Público, nesta havia disposição específica no artigo 13, inciso III que era função do mencionado Órgão propor ação civil pública<sup>5</sup>.

Fato é que do estudo de referidos diplomas havia uma preocupação por juristas de renome como Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, no sentido da necessidade de uma sistematização pelo ordenamento jurídico pátrio, de forma que imbuídos do conteúdo encontrado no direito comparado, desenvolveram o anteprojeto que por fim culminou na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985<sup>6</sup>.

Ainda com relação aos interesses que são tratados pela ação civil pública ensina Ada Pellegrini Grinover que os interesses sociais contidos nesta ação são comuns a um conjunto de indivíduos, segue a autora<sup>7</sup>:

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 8.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 8.

<sup>4</sup> LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Método, 2004, p. 112-113.

<sup>5</sup> Idem, p. 113.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania*. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo15.htm>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

“Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível.”

Da forma como colocado pela autora nesta configuração estarão inseridos os interesses dos consumidores, ao meio ambiente, daqueles indivíduos que fazem uso de serviços públicos, dos investidores, dos indivíduos que se beneficiam da previdência social, ou seja, é um conjunto abrangente de indivíduos que fazem parte de uma comunidade e partilham necessidades e anseios<sup>8</sup>.

De maneira a concluir, do que foi exposto neste item, a ação tratada na ADI 3.943/DF é um instrumento capaz de efetuar a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais e individuais homogêneos, até o momento esta modalidade de ação não tem igual instrumento processual útil para provocar o Estado e fazê-lo cumprir seu encargo de prestar justiça<sup>9</sup>.

Em continuidade será analisada a questão da Defensoria Pública como Órgão responsável a garantir a tutela jurisdicional aos necessitados, e neste aspecto, como ela Defensoria seria responsável e legitimada para propor a ação civil pública.

### **3. A DEFENSORIA PÚBLICA E SEU PAPEL SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A EMENDA CONSTITUCIONAL 80 DE 2014**

A atual interpretação que se dá ao modelo de Defensoria Pública e Assistência Judiciária está diretamente ligada ao texto adotado pela Constituição Estadual do Rio de Janeiro de 1975, da análise deste encontra-se uma franca simetria com a Carta Constitucional de 1988, a qual alçou a Defensoria Pública à função essencial à Justiça, artigo 134, oportunidade em que também inovou-se com relação à assistência jurídica ratificando ao Estado o dever de prestar

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania*. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo15.htm>. Acesso em 02 de out de 2015.

<sup>9</sup> LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Método, 2004, p. 106.



a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos é o que vem disposto no artigo 5º, inciso LXXIV<sup>10</sup> da referida Carta.

Destarte, a Defensoria Pública foi inserida junto a Constituição de 1988, no capítulo IV, das Funções Essenciais à Justiça. Da mesma forma que o Ministério Público (Seção I), a Advocacia Pública (Seção II) e a Advocacia (Seção III), a Defensoria Pública faz parte da essência como instituição bastante a contribuir para o ordenado funcionamento da Justiça.

A relevância dada pelo constituinte originário à Defensoria Pública pode ser observada quando comparada esta última com a semelhança das funções desempenhadas pelo Ministério Público, ainda, ambos são instituições fundamentais de acesso à justiça e, inclusive desempenham essencial papel no que diz respeito à função jurisdicional do Estado.

No importante desenvolver da Defensoria Pública o texto constitucional incumbiu-lhe um múnus público, qual seja a assistência jurídica dos necessitados, veja-se que com isto a nítida intenção era fazer com que o Estado efetivamente prestasse orientação jurídica e realizasse a defesa de partes cujos recursos não são suficientes, ou seja, a deficiência de recursos financeiros não pode ser um óbice à busca pela proteção de direitos.

Saliente-se que a criação da Defensoria Pública tinha, e tem por finalidade tentar amenizar a dramática desigualdade social, pois o Brasil é um país onde é possível visualizar profundas desigualdades.

Bem diz Daniel Sarmiento, em elaborado parecer acerca das implicações da Emenda Constitucional 80 de 2014, que no Brasil há opressão sistemática dos integrantes de grupos sociais que não são hegemônicos a título de exemplos: os negros, os indígenas, os homossexuais, as pessoas com deficiência física e outros. De maneira crítica conclui o autor que sequer incorporou-se às relações sociais o sentido fundamental que coloca que todas as pessoas são iguais perante a lei<sup>11</sup>. Ao longo de todo o parecer referido autor cita o papel fundamental que desempenha a Defensoria Pública no quadro atual brasileiro.

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 02 de outubro de 2015.

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União (Parecer). Disponível em: [http://www.anadef.org.br/images/Anexos\\_pdfs/Parecer\\_ANADEF\\_Daniel\\_Sarmiento\\_1.pdf](http://www.anadef.org.br/images/Anexos_pdfs/Parecer_ANADEF_Daniel_Sarmiento_1.pdf). Acesso em 02 de outubro de 2015.

No que tange a Emenda Constitucional mencionada esta foi elaborada por meio da proposta 247 de 2013, que tem por autoria os deputados federais Mauro Benevides do PMDB-CE, Alessandro Molon do Rede-RJ e André Moura do PSC-SE, mais conhecida como PEC Defensoria Para Todos, em razão de um dos principais objetivos, descrito na alteração do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, foi o de determinar que em um prazo “de oito anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais”, esta é parte do artigo 98, parágrafo 1º do ADCT<sup>12</sup>.

No sentido das alterações propostas pela EC 80 de 2014 vislumbra-se uma maior autonomia para a Defensoria Pública, também um maior direcionamento de recursos para que ela possa de fato cumprir com os papéis de sua responsabilidade conforme descrito na Constituição de 1988.

Com a dita redemocratização, o país brasileiro experimenta se transformar em um autêntico Estado Democrático de Direito, todavia tem como óbice a subsistência, dentro da sociedade, nas palavras de Daniel Sarmento ‘de verdadeiros bolsões de estado de exceção’<sup>13</sup>, onde há violações aos direitos fundamentais, principalmente de pessoas que reconhecidamente são excluídas de maneira usual e sistemática, isto na realidade é resultado de uma cultura que não visualiza a todos como sujeitos iguais de direito.

Vai além o citado autor quando compara a prática brasileira, no que tange ao tratamento daqueles que são excluídos socialmente, com o mandamento contido na constituição da Fazenda dos Bichos, de que tratou George Orwell: “todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros”<sup>14</sup>.

Quando se pensa no atual desempenho da Defensoria Pública entende-se perfeitamente o que quis demonstrar Sarmento, a Defensoria seria uma espécie de prima pobre quando comparada, por exemplo, a outras Instituições que também tem por função garantir o acesso à justiça, veja neste sentido o aparato de funções que são conferidas ao Ministério Público.

<sup>12</sup> PAIVA, Caio. EC 80/2014 dá novo perfil constitucional à Defensoria Pública. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-06/tribuna-defensoria-ec-802014-perfil-constitucional-defensoria-publica#author>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União (Parecer). Disponível em: [http://www.anadef.org.br/images/Anexos\\_pdfs/Parecer\\_ANADEF\\_Daniel\\_Sarmiento\\_1.pdf](http://www.anadef.org.br/images/Anexos_pdfs/Parecer_ANADEF_Daniel_Sarmiento_1.pdf). Acesso em 02 de outubro de 2015.

<sup>14</sup> Idem. Acesso em 02 de outubro de 2015.

Note-se que a Carta Constitucional de 1988 teve por intento remediar esse quadro, não ficando de forma estanque no reconhecimento simbólico dos direitos fundamentais. Ao revés, a Constituição de 1988 teve por cuidado assegurar referidos direitos no plano concreto, de maneira a superar o abismo que persiste entre os seus princípios emancipatórios e a vida real de parcelas excluídas da sociedade. Para tanto, acreditou fortemente no acesso à justiça<sup>15</sup>.

A sintetizar as idéias colocadas vê-se que tem ganhado destaque o real sentido da norma constitucional, seja para garantir direitos fundamentais, seja para efetivamente concretizá-los, o que se observa é uma preocupação com intenção clara de cada vez mais efetivar o acesso à Justiça, sendo de curial importância que haja também uma efetiva prestação jurisdicional para que no fim prevaleça o justo. De forma que aparelhar a Defensoria com maiores condições para cumprir com seu papel descrito na Constituição é verdadeiramente democratizar o acesso à Justiça.

Cabe pensar agora a quem interessaria que a Defensoria Pública tivesse limitações em seu poder para representar frente ao Poder Judiciário? Referida questão esteve presente no voto da Ministra Relatora, Cármen Lúcia, na ADI 3.943/DF, e mencionada questão esta presente em muitas ações nas quais se discute a legitimidade da Defensoria para propor determinadas ações.

Observe que neste estudo, repisando, esta em questão a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta para exatamente questionar a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública. Com isso, dando continuidade, uma rápida menção ao instituto utilizado para questionar a legitimidade da Defensoria na mais alta Corte de justiça virá a seguir.

#### **4. BREVE CONCEITO ACERCA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E A ADI 3.943/DF**

Primeiramente há que se destacar qual foi o meio utilizado para levar a questão ao Supremo Tribunal Federal no que dizia respeito à legitimidade *ad causam* da Defensoria Pública para propor ação civil pública.

Pois a questão chegou aquela Corte de Justiça por via da Ação Direta de In-

<sup>15</sup> Ibidem. Acesso em 02 de outubro de 2015.

constitucionalidade, esta tem por principal fim declarar que determinada lei ou parte dela é inconstitucional, de outra forma, será avaliada se esta determinada lei contraria ou não a Constituição Federal. A ADI é uma das ferramentas que entre os juristas é conhecida como controle concentrado de constitucionalidade das leis<sup>16</sup>.

Então, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ao questionar a constitucionalidade da disposição do artigo 5º, inciso II da Lei 7.347 de 1985<sup>17</sup>, disposição que foi alterada pela Lei 11.448 de janeiro de 2007<sup>18</sup>, ao que tudo indicava havia utilizado o meio adequado. Veja o conteúdo das referidas disposições:

“Art. 1º - Esta Lei altera o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para a sua propositura a Defensoria Pública.

Art. 2º - O art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) II - a Defensoria Pública; (...)’

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”

O pano de fundo de toda a questão levada ao Supremo guardava relação direta, segundo a CONAMP, com o conteúdo descrito no artigo 5º, inciso LXXIV<sup>19</sup>, e o artigo 134<sup>20</sup>, ambos da Carta Política, pois apontava aquela associação que na mencionada legislação haveria vício material de inconstitucionalidade, uma vez que a lei em comento coloca no rol dos legitimados para propor ação civil pública a Defensoria Pública<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Glossário jurídico. Disponível em . Acesso em 24 de setembro de 2015.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 24 de setembro de 2015.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111448.htm). Acesso em 24 de setembro de 2015.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 14 de setembro de 2015.

<sup>20</sup> Idem. Acesso em: 14 de setembro de 2015.

<sup>21</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.943-DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. TRI-



No artigo 5º, especificamente no inciso LXXIV tem-se que será função do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recurso, junto a este comando deve-se combinar o que vem descrito no dispositivo 134 da Constituição Federal, antes da Emenda 80, *in verbis*: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Mencionado dispositivo após a Emenda 80 de 2014 passou a ter a seguinte redação:

“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)”

De forma que entendia a CONAMP que a lei 7347 de 1985 ampliava as competências conferidas à Defensoria Pública, sem que, no entanto, segundo a associação, a Constituição autorizasse essa espécie de delegação.

Ao longo de todo o julgamento os Ministros enfrentaram os pontos suscitados pela Associação, destacando qual a função foi destinada a Defensoria Pública quando da sua criação, é o que a seguir se verá.

## **5. COMENTÁRIOS AO VOTO DA MINISTRA RELATORA, CÁRMEM LÚCIA, NA ADI 3.943/DF ACERCA DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Inicialmente a Ministra colocou em debate para o voto duas questões que guardavam relação, se não direta ao menos pertinente no que dizia respeito ao

prosseguimento da avaliação da ADI em comento.

A primeira questão se referia a preliminar de pertinência temática e de legitimidade ativa, pois o Congresso Nacional, a Advocacia-Geral da União e a Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, esta última figurando como *amicus curiae*, colocaram para discussão a carência de pertinência temática no que dizia respeito à norma impugnada e os interesses e direitos titularizados pelos participantes da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP<sup>22</sup>.

Neste ponto a Ministra ponderou que avaliar se a norma alvo de impugnação causava ou não prejuízo às atribuições do Ministério Público, para mostrar a pertinência temática e fundamentar a legitimidade ativa da CONAMP importaria a análise da constitucionalidade do artigo 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/1985, razão pela qual entendeu a Ministra que cabia o prosseguimento do julgamento<sup>23</sup>.

A segunda questão tangia a prejudicialidade, uma vez que houve argumento no sentido de que com a promulgação da Emenda Constitucional n. 80, de 4.6.2014, teria ocorrido a perda do objeto da ADI em comento, assim seria o caso de aplicar o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, pois frente a ausência de uma das condições da ação extingue-se o processo sem resolução de mérito<sup>24</sup>.

O ponto é interessante, haja vista que antes da Emenda Constitucional n. 80 a redação do artigo 134 da Constituição Federal dispunha: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Com mencionada alteração o texto constitucional passou a ter o seguinte conteúdo:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático,

<sup>22</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.943-DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. TRIBUNAL PLENO, julgado em 07/05/2015. DJe de 06 ago 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

<sup>23</sup> Idem, Acesso em 10 de outubro de 2015.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm). Acesso em 10 de outubro de 2015.

fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, **dos direitos individuais e coletivos**, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”g.n.

Mencionada pendência, qual seja a alteração que ampliou as possibilidades de atuação da Defensoria é interessante porque, a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido da prejudicialidade da ação em casos onde a norma constitucional, que esta sendo alvo na ADI, tenha sido alterada por emenda constitucional.

Todavia, entendeu-se que a alteração do parâmetro do controle de constitucionalidade não deveria, neste caso específico, obstar a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, aqui consignando a Ministra Relatora que o mote constitucional levado para apreciação estaria a delinear o modelo constitucional brasileiro de acesso à Justiça, pois o posicionamento da Corte estaria a dizer os limites das atribuições da Defensoria Pública, e seu essencial papel na construção do Estado Democrático<sup>25</sup>.

Superada estas questões a Corte, por maioria, avançou no julgamento da ADI retro mencionada, o que foi de suma importância. Tendo em vista que com a decisão final tudo o que foi pontuado ao longo deste estudo fez parte do acórdão, ou seja, houve ponderação acerca do acesso à justiça, também delineou-se qual a função da Defensoria Pública na busca pela efetivação do Estado Democrático de Direito, e estas são questões que afetam a sociedade como um todo, como não poderia deixar de ser por tratar-se de ação que dizia respeito a constitucionalidade de uma norma.

Neste sentido a própria ementa do julgado demonstra o quão avançou a Corte na matéria debatida, veja-se:

“JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITU-

<sup>25</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.943-DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. TRIBUNAL PLENO, julgado em 07/05/2015. DJe de 06 ago2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

CIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE<sup>26</sup>.

A Ministra Relatora em seu voto pontuou que reconhecida pelo legislador derivado, por meio da emenda n. 80 que alterou o conteúdo do artigo 134 da Constituição Federal, outras funções atinentes à Defensoria Pública, como exemplo, **prestar orientação jurídica, realizar a defesa judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos**, estava na realidade o legislador consolidando o que já vinha exposto na Lei n. 7.347/1985, com a alteração promovida pela Lei n. 11.448/2007, o que fosse a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública<sup>27</sup>.

Na verdade evidenciou-se no julgamento que diversas alterações que vinham sendo realizadas em leis reconhecendo a legitimidade da Defensoria denotavam uma preocupação incessante no que diz respeito à defesa dos que necessitam, sobressaindo, neste caso, o conteúdo do artigo 1º da Carta Constitucional que constitui a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito<sup>28</sup>.

Interessante notar que quando da discussão da questão aventada na ADI 3.943 pelo Supremo Tribunal Federal ressaltou-se que Defensoria Pública e Ministério Público têm atuado de forma harmônica respeitando e seguindo as respectivas atribuições constitucionais. Para as duas instituições há incumbência no que tange assegurar direitos e garantias que tem previsão constitucional<sup>29</sup>.

Um dos entraves ao devido acesso à Justiça no Estado brasileiro é a evidência do abissal desnível social aliado à alta concentração de renda por peque-

<sup>26</sup> Idem. Acesso em 10 de outubro de 2015.

<sup>27</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.943-DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. TRIBUNAL PLENO, julgado em 07/05/2015. DJe de 06 ago2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

<sup>28</sup> Idem. Acesso em 11 de outubro de 2015.

<sup>29</sup> Ibidem. Acesso em 11 de outubro de 2015.



na parcela da população, assim, em muitos casos os que realmente necessitam da tutela jurisdicional ficam à margem do sistema. Com relação a este ponto específico se posicionou a Ministra Cármen Lúcia, *in verbis*:

“Estado no qual as relações jurídicas importam em danos patrimoniais e morais de massa devido ao desrespeito aos direitos de conjuntos de indivíduos que, consciente ou inconscientemente, experimentam viver nessa sociedade complexa e dinâmica, o dever estatal de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir essas enormes diferenças passa pela criação e operacionalização de instrumentos que atendam com eficiência as necessidades dos seus cidadãos”<sup>30</sup>.

Com referido trecho do voto ficou evidente que é função do Estado buscar dar a máxima efetividade ao que diz o texto constitucional, e de outra forma não poderia ser, pois como salientado em outros momentos do texto há hoje uma preocupação e necessidade em efetivar o que pensou e projetou o constituinte originário.

Ponto nevrálgico da discussão aventada pela CONAMP era que a Defensoria estaria condicionada a propor ações somente nos casos que houvesse prévia comprovação de pobreza, como dito pela Ministra Relatora, referida condição não seria condizente com os próprios ditames constitucionais, e neste aspecto fez-se citação da disposição do artigo 3º da Carta Constitucional, o qual preceitua:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Ibidem. Acesso em 11 de outubro de 2015.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 10 de outubro de 2015.

De modo que para efetiva concretização dos aludidos objetivos a melhor interpretação seria aquela que menos obstáculos criassem na busca pelo acesso à Justiça.

Contrapôs-se no voto também que não há norma que diga ser exclusiva a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública, assim como também não existe norma que diga que a Defensoria não pode propor referida ação.

No que tange as funções do Ministério Público elenca no artigo 129 o texto constitucional, *ipsis litteris*:

“São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, des-

de que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei<sup>32</sup>.

Da leitura do texto transcrito é possível visualizar que realmente não há comando específico que afaste a legitimidade da Defensoria para propor ação civil pública, dito de outra forma não há exclusividade do Ministério Público para manejar mencionada ação.

Ao revés, o § 1º do citado dispositivo contido na Constituição expressa autorização para que, de acordo com a Carta Constitucional e da legislação vigente, outros que não mencionados na disposição possam propor as ações cíveis contidas no artigo<sup>33</sup>.

Com todas as razões acima elencadas a conclusão final, pela maioria de votos, foi que era clara a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública. Destacando que o ponto divergente da matéria não guardava relação com o mérito da discussão. Mas sim com as preliminares, pois entendia o Ministro Marco Aurélio que, *in casu*, não havia pertinência temática, e de outro lado o Ministro Teori Zavascki que, em conformidade com a jurisprudência aplicada em casos semelhantes pela Corte, havia ocorrido a perda do objeto com a emenda constitucional n. 80/2014.

## 6. CONCLUSÃO

A discussão sobre a validade do art. 5º, inc. II, da Lei n. 7.347/1985, alterado pela Lei n. 11.448/2007, que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, em típica tutela dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, como demonstrados no presente artigo, quando avaliada

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 10 de outubro de 2015.

<sup>33</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.943-DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. TRIBUNAL PLENO, julgado em 07/05/2015. DJe de 06 ago2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

pelo Supremo Tribunal Federal evidenciou ultrapassar os interesses de ordem subjetiva e tem fundamento em definições de natureza constitucional-processual que dizem respeito à tutela dos cidadãos de maneira social e economicamente menos favorecidos da sociedade brasileira.

A decisão dada pelo STF em muito atende as demandas que dizem respeito à tutela de direitos difusos. De se notar que em citado *decisum* não se definiu de forma concisa qual seria uma classificação das pessoas necessitadas, já que, em tese, essa classificação seria um critério para legitimar a atividade da Defensoria em determinadas ações, mas mesmo assim, a corte optou por garantir, em conformidade com a Constituição de 1988, um maior acesso à Justiça por meio da Defensoria Pública.

De maneira unânime, no que versava sobre o mérito da questão, os ministros posicionaram-se de maneira adequada ao garantir e efetivar com referida decisão, reconhecendo a legitimidade *ad causam* da Defensoria, o princípio da unidade da constituição o qual denota não poder existir dentro da Constituição normas que se contradizem; o princípio do efeito integrador pois deve prevalecer a integração política e social, e mais o princípio da máxima efetividade da norma hoje umbilicalmente ligado as questões dos direitos fundamentais, estes por vezes contidos em direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Não seria condizente com o texto constitucional que tem avançado em reconhecer funções à Defensoria Pública permitir que esta somente pudesse defender os menos favorecidos de forma individual, ficando à mercê a defesa de lesões coletivas, que no contexto social são gravíssimas.

## 7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: .

BRASIL. Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111448.htm).

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO)

e dá outras providências. Disponível em: .

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm).

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 8. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=12>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo15.htm>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

LOUREIRO, Caio Márcio. Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça. São Paulo: Método, 2004.

PAIVA, Caio. EC 80/2014 dá novo perfil constitucional à Defensoria Pública. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-06/tribuna-defensoria-ec-802014-perfil-constitucional-defensoria-publica#author>.

SARMENTO, Daniel. Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União (Parecer). Disponível em: [http://www.anadef.org.br/images/Anexos\\_pdfs/Parecer\\_ANA-DEF\\_Daniel\\_Sarmento\\_1.pdf](http://www.anadef.org.br/images/Anexos_pdfs/Parecer_ANA-DEF_Daniel_Sarmento_1.pdf).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.943-DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. TRIBUNAL PLENO, julgado em 07/05/2015. DJe de 06 ago 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 24 de setembro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Glossário jurídico. Disponível em . Acesso em 24 de setembro de 2015.





# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM ATUADO COMO UMA TERCEIRA CASA DO CONGRESSO OU COMO UM O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Alexandre Sanches de Oliveira<sup>1\*</sup>

## RESUMO

Esse estudo tem a pretensão de até a conclusão poder responder se o Supremo Tribunal Federal tem agido atualmente como uma terceira casa do Congresso Nacional o se tem atuado como a sua função primária de ser o guardião da constituição federal.

Com esse objetivo iremos entender o que é o controle de constitucionalidade e quais são suas técnicas de decisão para exercê-lo. Mostraremos também quem tem a legitimidade para propor as ações diretas de constitucionalidade.

Veremos de que forma nossa constituição pode ser alterada e como ela acontece hoje em dia no Brasil. O importante nesse ponto será discernir que está atualmente exercendo papel principal na Constituição, para conseguirmos entender ao final se a postura do Supremo Tribunal Federal no cenário nacional atual é do legislador ou da corte protetora da CF.

Ao fim do artigo pretendo que você leitor não tenha a minha resposta como definitivo, mas que se estimule a entender o que está acontecendo nos três poderes brasileiros. Que você leitor reflita se cada um dos poderes está cumprindo suas funções ou se estão se omitindo de serem os protagonistas de suas respectivas esferas. Que você reflita além de tudo sobre as consequências que essa resposta trará e qual serão nossas ações a respeito.

**Palavras-chave:** controle, mutação e responsabilidade.

## ABSTRACT

This study does not claim to be able to respond to the conclusion that the Supreme Court has now acted as a third house of the National Congress has acted as its primary function of being the guardian of the federal constitution.

To this end we will understand what is the judicial review and what their decision techniques to exercise it. We will also show who has the legitimacy to direct actions of constitutionality.

---

<sup>1</sup> Aluno do curso de pós-graduação lato sensu no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD.

We will see how our Constitution can be changed and how it happens nowadays in Brazil. The key at this point is to discern which is currently exerting major role in the Constitution, so we can understand the end is the position of the Supreme Court in the current national scene is the legislature or the protective court CF.

At the end of the article you intend player does not have my answer as definitive, but is encouraged to understand what's going on in the three Brazilian powers. You reader to reflect each of the powers is fulfilling its duties or are omitting to be the protagonists in their respective spheres. You reflect above all the consequences that this response will bring and what will be our actions in this regard.

**Key words:** control, change and responsibility.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo responder uma pergunta: O Supremo Tribunal Federal ultimamente tem atuado mais como uma terceira casa do Congresso Nacional ou como guardião da Carta Magna?

Para alcançar esse objetivo iremos descrever o que é o controle de constitucionalidade e quais são seus mecanismos no sistema jurisdicional brasileiro. Iremos relatar um breve histórico dessa ferramenta no Brasil e qual a sua aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico.

Para devida compreensão precisamos entender as técnicas de controle de constitucionalidade e entender a modulação dos seus efeitos. Iremos fazer uma abordagem a partir da Constituição de 1988 que ampliou o escopo do STF e da Lei n. 9.868/99.

Também estudaremos sobre o que é a mutação constitucional e de que forma ela pode ser feita no Brasil. Esse ponto é fundamental para começarmos a compreendermos como nossa constituição está sendo transformada ao passar do tempo pelo STF.

Após analisarmos alguns julgados com a luz das explicações acima pretendemos responder à pergunta inicial e expor minha opinião a respeito do tema.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 Conceito de controle de constitucionalidade

Controle de constitucionalidade é um mecanismo muito importante que

consiste na verificação da compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição Federal. Desde a época houve de certa forma um controle constitucional que foi evoluindo com a história política do País, mas na Constituição Federal de 1988 foi onde uma maior ampliação e onde a Constituição passa a ter um papel importante como norma supervisora das demais leis e normas que seriam criadas.

A CF de 88 institui o modelo de controle constitucional difuso e o modelo concentrado. No modelo difuso ou incidental permite que todo juiz ou tribunal aplique o controle de constitucionalidade a um caso concreto. No modelo concentrado teremos a novidade das ações diretas que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal verificar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

No artigo 103 da CF definiu que poderiam propor as ações diretas de inconstitucionalidades ou declaratórias constitucionalidade os mencionados abaixo:

“Presidente da República;  
a Mesa do Senado Federal;  
a Mesa da Câmara dos Deputados;  
a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
o Procurador-Geral da República;  
o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
Partido político com representação no Congresso Nacional;  
Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

Na atuação de controle de constitucional é onde o Supremo pode ter uma atuação mais tradicional se limitando simplesmente ao controle constitucional das demandas que chegam ao seu plenário ou ter uma postura de ativismo judicial ampliando o alcance e sentido da Constituição para atender aos anseios da sociedade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser decidida conforme abaixo:

- “1) Declaração de constitucionalidade
  - a. Declaração de constitucionalidade pura e simples: a lei ou ato normativo é julgado compatível com a CF;
  - b. Declaração de constitucionalidade mediante interpretação

conforme: o ato normativo é declarado constitucional, desde que seja interpretado de determinada forma (ou seja, excluindo-se determinadas interpretações incompatíveis com a CF);

c. Declaração de constitucionalidade com apelo ao legislador (lei ainda constitucional): nesse caso, a lei é declarada constitucional, mas o tribunal adverte que ela está em trânsito para a inconstitucionalidade, que ela se tornará inconstitucional em breve, por conta de mudanças da sociedade.

## 2) Declaração de inconstitucionalidade

a. Declaração de inconstitucionalidade com redução de texto: declara-se a lei inconstitucional e retira-se do ordenamento o trecho que é incompatível com a CF;

b. Declaração de nulidade parcial sem redução de texto: a aplicação da lei a determinada situação é declarada inconstitucional, mas não se retira nenhuma parte do texto, apenas se determina que aquele dispositivo não pode ser aplicado aos casos x ou y;

c. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade: geralmente aplicada em casos de omissão parcial, em que o legislador elabora uma lei insuficiente. Nesse caso, o STF declara que a lei é inconstitucional, mas, para não agravar a situação (o que ocorreria se a lei fosse simplesmente descartada), deixa de pronunciar a nulidade, mantendo-a no ordenamento, geralmente com um prazo determinado, até que outra norma seja elaborada.”<sup>2</sup>

## 3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

### 3.1 Conceito

A Constituição Federal pode ser alterada pela via formal e por via informal. A via formal seria por meio da reforma constitucional que está expressa no

<sup>2</sup> TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. Disponível em: <http://direitoconstitucionalconcursos.blogspot.com.br/2013/08/tecnicas-de-decisao-em-controle-de.html>. Acesso em: 29/09/2015.



artigo 60 da ou pelos tratados internacionais que podem se tornar emenda constitucional de acordo com o artigo 5º, parágrafo 3º da CF obedecendo os mesmos ritos legislativos das emendas constitucionais. A modificação pode se dar por via informal através da mutação constitucional ampliando o sentido e o alcance das normas da constituição, sem que se execute qualquer modificação no seu texto. A mutação está ligada a plasticidade e a respeito dos termos genéricos que traz a carta magna vigente.<sup>3</sup>

O Ministro do STF Luís Roberto Barroso define de forma brilhante esse termo: “A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem a observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.”<sup>4</sup>

Uma outra definição sobre mutação foi dada pelo ministro Eros Grau quando ele proferiu como desnecessária a competência do Senado em suspender a eficácia de uma lei declarada inconstitucional no controle difuso e ainda expressou no seu voto sua definição de mutação:

“Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.”<sup>5</sup>

Gilmar Mendes votou no mesmo sentido, porém expressou que a mutação constitucional aconteceu através de sua nova interpretação do Artigo 52, inciso X, caberia ao senado apenas dar publicidade da decisão do STF, pois quando Supremo declarou inconstitucional a norma isso por si só já teria força normativa.<sup>6</sup>

A mutação como bem explicada na definição é uma forma informal de alterar a constituição sem passar pelo rito disposto no seu artigo 60 que seria muito trabalhoso e resultaria num longo processo legislativo. A Constituição Federal foi gerada após um passado recente de golpes militares, por essa razão

<sup>3</sup> Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 5. Ed., p. 158.

<sup>4</sup> Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. 2. Ed., p. 126-127.

<sup>5</sup> Rcl 4.335-5/AC, item 10 de seu voto

<sup>6</sup> Rcl 4.335-5/AC, pág. 56 do voto do ministro Gilmar Mendes

trouxe uma forma de alteração formal bem burocrática e que demanda muito esforço legislativo para que seja alterado seu texto.

Iremos descrever nos itens abaixo a forma de mudança formal prevista na Constituição Federal e as mutações constitucionais via congresso e via supremo tribunal. Acredito que essas duas formas de mutação não esgotam as possibilidades de mutações do nosso ordenamento jurídico, mas são suficientes para responder à pergunta tema desse artigo.

Os limites que definem os parâmetros mutação no direito brasileiro tem ultrapassado a visão positivista que enxerga o direito isolado da realidade das circunstâncias da realidade atual. O direito tem observado os princípios e a realidade da sociedade face ao direito para se criar uma norma de decisão, ou seja, para decidir um caso concreto.

### **3.2 Mutação por vias formais**

O legislador optou por uma constituição rígida de ser modificada devido ao contexto de golpe ainda recente no cenário brasileiro da época. Para essa razão esboçou no artigo 60 da Constituição o rito processual para emenda-la:

- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

- II – do Presidente da República;

- III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

O legislador também se preocupou em expressar o que não poderia ser objeto de discussão nas emendas:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Foi incluído pela emenda constitucional no Artigo 5º, parágrafo 3º da CF o rito processual para um tratado ser considerado como uma emenda constitucional:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

### **3.3 Mutação pelo Congresso Nacional (âmbito federal)**

O Congresso nacional é o que detém a competência primária de legislar, expressando em leis os anseios da sociedade. Cabe ao senadores e deputado a nível nacional dialogar com a sociedade para criar leis que realmente vão contribuir para preencher lacunas do cotidiano atual.

Cabe ao congresso uma leitura da Constituição Federal atualizada de acordo com a sociedade atual e legislar consoante essa nova percepção da realidade. Cabe aos legisladores a missão de criar novas leis que irão trazer novos sentidos a constituição, leis que alguns anos atrás poderiam ser inconstitucionais, porém hoje temos o papel forte dos princípios norteando o mundo das leis.

A constituição não tem a pretensão de ser eterna, apenas colocou alguns itens pétreos por segurança jurídica, pois seria impossível ela se adequar as todas as gerações. Como mencionei a CF foi criada num cenário específico e cabe

a casa das leis formada pelo voto do povo adapta-la e fazer interpretações com base nos princípios de hoje.

Cabe a Superior Tribunal Federal, caso seja acionado, através do controle de constitucionalidade julgar se a lei é constitucional ou inconstitucional. “A decisão do Supremo Tribunal Federal passa a surtir efeitos imediatamente, salvo disposição em contrário do próprio tribunal. Quando a segurança jurídica ou excepcional interesse social estiverem em jogo, o STF poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou um outro momento a ser fixado. Essa decisão depende da aprovação de dois terços dos ministros.”

Um exemplo a respeito desse tipo de mutação através de uma nova interpretação do Congresso devido aos anseios da sociedade por justiça e por menos corrupção foi a ADIn 4578 sobre a ficha limpa. Ainda que possamos discordar da decisão pela constitucionalidade da lei conferida pelo Supremo Tribunal, essa foi uma forma de mutação constitucional, pois o legislador formulou uma lei conforme sua leitura essa não feria a carta magna e o Supremo na sua competência de controle constitucional interpretou que essa lei não feria o princípio de retroatividade da lei expresso no artigo por que esse caso era sim um caso *retrospectividade*.<sup>7</sup>

### 3.4 Mutação pelo Supremo Tribunal Federal (ativismo judicial)

Hoje em dia o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura mais ativista ampliando o alcance da constituição através de uma interpretação pós positivista que não se prende a letra da lei, mas se lança numa seara de compreender os princípios e anseios da sociedade para decidir uma questão. Nesse ponto começamos a procurar a responder à pergunta inicial do texto, será essa postura um controle constitucional da corte ou uma atuação legislativa?

No que tange as decisões sobre o controle de constitucionalidade no poder concentrado (abstrato) as decisões da suprema corte têm um forte um impacto, porque sua eficácia é erga omnes o que quer dizer que se aplica a todos e tem

<sup>7</sup> RETROATIVIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA E AS ALTERAÇÕES SUPERVENIENTES AO REGISTRO QUE AFASTAM A INELEGIBILIDADE: ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA NAS ELEIÇÕES DE 2012. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.AMBITOJURIDICO.COM.BR/SITE/INDEX.PHP?N\\_LINK=REVISTA\\_ARTIGOS\\_LEITURA&ARTIGO\\_ID=13105&REVISTA\\_CADERNO=28](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13105&revista_caderno=28). ACESSO EM: 29/09/15

efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

O Supremo Tribunal, cada vez mais, tem atuado com o objetivo de extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, principalmente quando seus julgados envolvem enunciados vagos ou genéricos da Constituição ou quando o Congresso se omite sobre determinados temas que acabam sendo decididos no plenário da Corte.

Citarei uns exemplos abaixo onde identifico um ativismo judicial por conta de uma omissão e inação do Congresso Nacional, principalmente em temas que podem repercutir negativamente, ou serem impopulares. Na minha opinião fica claro nesses exemplos que o STF legislou e decidiu de forma política para suprir uma lacuna de Congresso desconexo da realidade brasileira:

O caso da greve dos servidores público foi uma ação do STF frente a omissão do Congresso em se criar uma lei que regulamentasse o direito de greve no setor público. A CF garante no artigo 37, inciso VII o direito a greve do servidor, norma de eficácia limitada, dependente, porém de uma lei específica que a regulamentasse. Ante ao silêncio e a falta de ação do Congresso coube ao STF quando foi acionado decidir que a lei de greve do setor privado se aplicaria ao setor público até o que o Congresso aprovasse uma lei que a substituísse.

No caso da ADI 2.240 requerida em 2000 pelo Partido dos Trabalhadores contra uma lei criada pela Assembleia Legislativa da Bahia que criava um município. O problema está que a Constituição estabelece no artigo 18, parágrafo 4º, outra norma de eficácia limitada, que só poderia ser criado município no período que a lei federal complementar estabelecesse. Mas essa lei nunca foi criada pelo Congresso, o que levou o STF a tomar uma decisão ao ser provocado na ação, optou por declarar a lei inconstitucional sem pronuncia de validade e com efeito somente para depois de 24 meses. Nesse caso observamos uma estratégia do Congresso de não agir propositalmente para evitar a criação sem critérios e gerando vários gastos com municípios desnecessários. Mais um tema que devido ao Congresso optar por não legislar o STF teve que tomar uma decisão estritamente política que devia ser tomada por aqueles que foram eleitos majoritariamente.

Outro caso onde houve uma mutação explícita e uma atuação ativista foi na ADPF 132 e ADI 4277 sobre o casamento homoafetivo. Nesse caso o STF

reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e estendeu a essa união as mesmas garantias dadas ao regime concernente a união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1723 do Código Civil. Aqui não caberia ao STF falar em inconstitucionalidade quando este artigo está totalmente amparado na Constituição Federal, observamos nessa decisão que ela foi tomada de forma política para corresponder a pressão de alguns setores da sociedade e da mídia. Esse ativismo judicial aconteceu por conta dos nossos políticos se absterem de discutir a questão por receio de perda de votos de uma parcela da sociedade de um lado ou de outro e com isso a casa da representatividade do povo que devia decidir sobre a criação dessa lei para atender ao anseio da sociedade caso julgassem necessário.

Citarei apenas esses exemplos para não me alongar e poder partir para a conclusão do artigo. Acredito que mesmo antes da conclusão podemos observar que a mutação constitucional via STF tem sido mais presente e atuante que a via Legislativo.

#### 4. CONCLUSÃO

Analisando os dados pesquisados nesse artigo entendo que o STF tem atuado como uma terceira casa do Congresso Nacional devido a uma clara omissão dos congressistas em debater algumas situações que fervilham no dia a dia da sociedade brasileira. Nota-se que essa omissão acontecesse em alguns momentos por acovardamento do Congresso em abordar tema polêmicos, sensíveis e populares, com isso “*delegam*” a outros a sua competência para legislar. Em outro momento observamos que essa omissão acontece por termos um Congresso distante dos eleitores e do que está acontecendo no seu cotidiano. Também vemos um acomodamento e um engessamento no modelo político, uma incapacidade de ter relevância que deveria ter no cenário nacional. Devido a esses problemas de ação do legislativo mesmo quando por uma decisão estratégica decide não legislar sobre um determinado assunto, sua decisão é encarada como uma omissão por não serem claros e objetivos na sua postura.

Não cabe esse artigo julgar o mérito do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal como sendo algo bom ou ruim, apenas mostrar que está acontecendo uma mutação constitucional através do judiciário e claro que isso trará

como consequência uma desorganização política no Brasil, pois essa não é sua competência primária.

Finalizo com o entendimento que precisamos retomar o equilíbrio das ações entre judiciário e legislativo para bem do Brasil. Acredito que o Congresso que tem como sua principal característica a diversidade de culturas e posicionamento de cada Estados deve discutir todos temas e propor soluções para que todos se sintam respeitados e representados, pois quando a decisão parte de uma Corte judicial a decisão pode ser tomada com viés de apenas um lado ou de acordo com a visão de poucos magistrados.

## 5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Mendes. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.





# O PROCESSO CONSTITUCIONAL DA ADI 3.510

EDOARDO HENRIQUE SOUSA GUIMARÃES<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo se propõe a apresentar o estudo de caso do processo decisório do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – Distrito Federal apresentada pelo Procurador-Geral da República contra o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005. O objetivo do trabalho é demonstrar a forma como o processo pacificou o entendimento acerca da origem jurídica da vida humana.

**Palavras-chave:** Direito Processual Constitucional, ADI 3.510, Lei nº 11.105/2005.

## ABSTRACT

This article proposes to present a case study of the decision process of the Brazilian Supreme Court on the ADI 3.510 – Federal District presented by the Republic's General Attorney against the Article 5 of the Law No. 11.105/2005. The objective is to demonstrate how the process pacified the understanding of the legal origin of human life

**Key words:** Constitutional Procedural Law, ADI 3.510, Law No. 11.105/2005.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho propõe um estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, processo de controle concentrado de constitucionalidade que julgou a adequação da polêmica Lei nº 11.105 de 24 de março e 2005 à Constituição Federal e parâmetros constitucionais.

Inicialmente, o Brasil carecia de qualquer legislação relativa à biossegurança, entretanto, devido ao desenvolvimento da engenharia genética e conse-

---

<sup>1</sup> Aluno do curso de pós-graduação lato sensu no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD.

guintemente de organismos geneticamente modificados, o então Senador Marco Maciel apresentou no Senado Federal o Projeto de Lei nº 114 em 30 de abril de 1991. Em 05 de janeiro de 1995, o projeto de lei foi sancionado como a Lei nº 8.974, passando a regular os incisos II e V do §1º do dispositivo 225 da Magna Carta, e normatizando nacionalmente a pesquisa e uso da engenharia genética e liberação de organismos geneticamente modificados no meio ambiente.<sup>2</sup>

A citada legislação vetava e criminalizava tanto a manipulação genética de embriões humanos quanto sua produção, armazenamento e manipulação para servir como material biológico.<sup>3</sup>

Posteriormente, em razão da evolução na área da biotecnologia e da consequente obsolescência na qual a Lei de Biossegurança decaiu, em 30 de outubro de 2003, o então Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, José Dirceu de Oliveira e Silva, apresentou ao Presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva uma proposta de projeto de lei que visava regular a pesquisa, uso e comercialização de organismos geneticamente modificados que na época causaram polêmica e transtornos em sua comercialização, em especial a soja transgênica. O projeto consistia na elaboração de uma legislação mais atual para os organismos geneticamente modificados regulados pela Lei nº 8.974/1995. No dia seguinte à apresentação da proposta, o Presidente da República subme-

<sup>2</sup> <[http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=27674](http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=27674)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>3</sup> “Art. 8º É vedado, nas atividades relacionadas a OGM:

[...]

II - a manipulação genética de células germinais humanas;

[...]

IV - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível;

[...]

Art. 13. Constituem crimes:

I - a manipulação genética de células germinais humanas;

Pena - detenção de três meses a um ano.

[...]

III - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível;

Pena - reclusão de seis a vinte anos.” BRASIL, *Lei nº 8.974 de 05 de janeiro de 1995*. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8974.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8974.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

teu o projeto de lei para votação na Câmara dos Deputados do Brasil sob o nº 2.401/2003.

Seguindo o devido trâmite legislativo, o projeto de lei foi votado e aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados Federais, em sessão extraordinária ocorrida no dia 04 de fevereiro de 2004, sendo remetido ao Senado Federal. O projeto foi recebido como Projeto de Lei da Câmara nº 9 de 2004 pelo Senado Federal, onde sofreu novas alterações em seu texto.<sup>4</sup> O novo escrito foi aprovado em 06 de outubro de 2004 e enviado para a Câmara para novo turno de votações.

Novamente na Câmara dos Deputados, o projeto de lei foi submetido a mais alterações e votação nas sessões ordinária e extraordinária no dia 02 de março de 2005. Finalmente aprovado, foi enviado à sanção presidencial e, parcialmente vetado, foi transformado na Lei nº 11.105 em 24 de março de 2005.<sup>5</sup> Assim, com a promulgação da nova Lei de Biossegurança, a Lei 8.974/1995 restou revogada.

Em face da natureza altamente polêmica do projeto, a lei que dele decorreu herdou intenso debate e divergência de opiniões acerca da validade de seu conteúdo, pois esta regularia a pesquisa e comercialização de organismos geneticamente modificados, clonagem humana e pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias humanas.

Dessa forma, aos 31 dias do mês de maio de 2005, o então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o artigo 5º da Lei 11.105/2005,<sup>6</sup> pouco mais de dois

<sup>4</sup> <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=65843](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=65843)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>5</sup> <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=140375>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>6</sup> “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento; § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores; § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa; § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.” BRASIL, *Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneti-

meses após sua publicação. O Procurador-Geral afirmou, por meio da ação, que o dispositivo impugnado afrontava a inviolabilidade do direito à vida e dignidade humana, porque o embrião humano possui vida.<sup>7</sup> Logo, a liberação do uso de embriões humanos em pesquisas e terapias de células-tronco embrionária infringiria frontalmente os citados Direitos Constitucionais.

A ADI recebeu o número 3.510 e iniciaram-se três anos de intensas discussões no Supremo Tribunal Federal.

Curiosamente, ambos os polos de interesse na decisão acerca da matéria, pessoas favoráveis e contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, utilizaram-se do Direito Constitucional à Vida na fundamentação de suas teses.

Em face da Constituição Federal não informar claramente em que estágio de formação do feto se inicia a vida humana, condição amplamente protegida, o Supremo assumiu esta responsabilidade.

Ao total, três teorias foram adotadas pelas partes que participaram do julgamento. O Procurador-Geral de República, grupos religiosos, as fundações pró-vida e demais interessados na proibição de pesquisa e terapia com células-tronco obtidas de embriões humanos defendiam a Teoria Biológica ou Conceptionista, de modo que a vida humana começaria na concepção, devendo ser protegida desde então.

Os movimentos favoráveis ao uso de células-tronco obtidas de embriões humanos defendiam, por sua vez, teorias mais condizentes com seus interesses, como as teorias natalista e nidacionista. A Teoria Natalista consiste no início da

---

camente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>7</sup> “Estabelecidas tais premissas, o artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” FONTELES, Cláudio Lemos. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0. p. 11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

vida humana a partir do nascimento com vida.<sup>8</sup> O Supremo Tribunal Federal apresentou grande resistência a esta teoria, pois acolhê-la abriria precedentes para a legitimação do aborto.

Finalmente, a Teoria Nidacionista defende que a vida humana começa na nidação<sup>9</sup> do embrião no útero materno. A teoria fundamenta-se no fato de que o embrião humano *in vitro* nunca chegará a desenvolver sua potencialidade em ambiente extrauterino, assim, mesmo carregando patrimônio genético humano, nunca chegará a ser uma pessoa. Comparação análoga seria afirmar que um ovo não é uma galinha, mas nas condições apropriadas poderá vir a ser. Esta foi a posição de entendimento do Ministro Relator Carlos Ayres Britto e por fim assumida pelo excelso pretório.<sup>10</sup>

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal terminou por decidir pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, inclusive suprimindo a lacuna legal de quando começa a vida humana, bem amplamente protegido pela legislação pátria.

## 2. DIREITOS CONSTITUCIONAIS SUSCITADOS NA DISCUSSÃO DA ADI 3.510

### 2.1 DIREITO À VIDA

O Direito à Vida é o mais fundamental de todos os direitos garantidos pela

<sup>8</sup> ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3510.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>9</sup> “O termo nidação refere-se ao momento de implantação de um embrião de mamífero na parede uterina que ocorre durante a blástula. Como o processo de deslocamento do embrião das trompas uterinas (onde ocorreu a fertilização) até o útero pode demorar cerca de 4 a 15 dias, então a fixação do embrião ocorrerá nesse intervalo de tempo (4º ao 15º dia após a fertilização). Quando o embrião encontrar o endométrio (membrana mucosa que reveste a parede do útero internamente), ele irá liberar enzimas que irão “digerir” as células endometriais e ao mesmo tempo, é envolvido por outras células em proliferação do endométrio” MELDAU, Débora Carvalho. *Nidação*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/embriologia/nidacao>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>10</sup> ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, op. cit. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3510.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.



Magna Carta, sendo pré-requisito para a existência e exercício de todos os demais direitos,<sup>11</sup> vez que a vida humana é *conditio sine qua non* para a personalidade civil.

Sendo a vida um bem anterior ao próprio Direito,<sup>12</sup> este a protege desde sua criação. Assim, a proteção à vida tem figurado como sustentáculo da sociedade desde seus primórdios. É possível observar a valoração da vida em alguns dos mais antigos documentos produzidos pela humanidade, como o Código de Hamurabi ou na própria Bíblia.<sup>13</sup> Este direito, entretanto, não era amplo. Em algumas culturas o Direito à Vida apenas era aplicado aos cidadãos, enquanto em outras este era relativo, como o direito do patriarca matar a própria esposa e filhos na sociedade romana.<sup>14</sup>

Em um contexto mais moderno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assegura o Direito à Vida em seu artigo 3º,<sup>15</sup> desta forma tornando obrigatória sua proteção a todos os países signatários.

A Constituição Federal de 1988 acolheu este direito humano no *caput* do artigo 5º, positivando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”.<sup>16</sup>

A Magna Carta ainda incumbe ao Estado assegurar o Direito à Vida em seus diversos aspectos, como o Direito à Existência, Direito à Integridade Física e Direito à Integridade Moral.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 287.

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

<sup>13</sup> ““Não matarás.” ÊXODO. In: Bíblia Sagrada. 2 ed. Embu: Ave Maria, 2002. p. 121.

<sup>14</sup> SUNDERLAND, Poppy. Patriarchy in the Roman Family. Disponível em: <<http://www.helium.com/items/1839281-patriarchy-in-the-roman-family>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

<sup>15</sup> “Artigo III Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Paris, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>16</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 198 a 201.



O Código Civil de 2002 demonstra claramente a existência da pessoa natural, com seu início no nascimento com vida<sup>18</sup> e cessando com a morte.<sup>19</sup> Já o Código Penal assegura o Direito à Vida prevendo punição para os crimes praticados contra a mesma em seu Título I, Capítulo I, artigos 121 a 128.<sup>20</sup>

O Procurador-Geral da República e os grupos contrários à pesquisa e uso de células-tronco embrionárias humanas, argumentaram que esta liberação é uma flagrante oposição ao direito à vida. Vez que a vida humana tem proteção ampla, sendo direito inalienável, e é garantida pelo Estado brasileiro, esta deveria ser protegida em todos os seus estágios. O Código Civil brasileiro ainda afirma categoricamente, em seu artigo 2º, que a lei resguarda, desde a concepção os direitos do nascituro. O doutrinador Paulo Augusto Gonet Branco é um dos defensores da acepção supra,<sup>21</sup> porém o coautor de sua obra, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ironicamente não participa do mesmo ponto de vista como demonstrado em seu voto na ADI 3.510 em que decidiu pela constitucionalidade da lei discutida.

O artigo 2º do Código Civil, ainda, foi um forte argumento apresentado pelos defensores da inconstitucionalidade da Lei 11.105/2005 no julgamento da ADI 3.510, pois atesta expressamente que a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção.

Grupos favoráveis à pesquisa e uso de células-tronco embrionárias humanas também embasaram suas teses no Direito à Vida, pois seria possível encontrar sustentação em ambas as facetas deste direito humano. A primeira faceta é relativa à possibilidade de terapêutica para assegurar o direito de continuar vivo, de forma que a sobrevivência de um indivíduo pode ser assegurada pela

---

18 “Art. 2o A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

19 “Art. 6o A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.” BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

20 BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

21 “O direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 292.

das células-tronco para a regeneração de um órgão ou tecido que tenha sido danificado.

Relativamente à segunda faceta do Direito à Vida, do defendido a viabilidade da terapia para assegurar ou até mesmo devolver uma vida digna a diversas pessoas afligidas por inúmeras enfermidades. Desta forma, a liberação de pesquisas e terapia com células-tronco humanas seria inclusive responsabilidade do Estado, visto a garantia do Direito à Vida assegurada pelo artigo 5º da Magna Carta.

## 2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana, como princípio, é um valor supremo inerente a toda pessoa pelo simples fato de sua condição humana, indiferentemente de qualquer outra condição, seja idade, sexo, classe social, nacionalidade, cultura, etnia ou credo; e constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito.<sup>22</sup> Segundo Daury Cesar Fabriz, a integridade física, psíquica e moral do ser humano encontra-se intimamente ligada ao direito à vida, principalmente no que tange à uma vida digna. Vários são os instrumentos que asseguram esse direito, contido no princípio maior, que é o da dignidade da pessoa. Em decorrência desse princípio, ninguém poderá ser submetido a torturas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; da mesma maneira que ninguém poderá arbitrariamente ser detido, preso ou desterrado, assegurando-se a liberdade de pensamento e culto religioso.<sup>23</sup>

Conceito altamente abstrato, o Princípio da Dignidade Humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, além da proteção da liberdade individual frente ao Estado.<sup>24</sup> O princípio, também, obriga ao Estado a garantia

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 37 a 39.

<sup>23</sup> FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 273.

<sup>24</sup> “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esque-

de meios de sobrevivência equitativos para todos os seus cidadãos, independentemente de valoração às suas características intrínsecas.

No plano dos Direitos Humanos, com a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 26 de agosto de 1789, os primeiros esboços da Dignidade Humana surgem com os Direitos Fundamentais<sup>25</sup> de Primeira Geração, onde as garantias de direitos individuais de caráter negativo removem o cidadão da esfera de completa sujeição ao Estado e lhe tornam um sujeito de direitos. Posteriormente foram adicionados à Dignidade Humana os Direitos Fundamentais de Segunda Geração, de titularidade coletiva e caráter positivo; os Direitos Fundamentais de Terceira Geração, sendo direitos transindividuais destinados à proteção do gênero humano; e os ainda em discussão Direitos Fundamentais de Quarta Geração que compreendem em direitos à democracia, informação e pluralismo.<sup>26</sup>

Já no século XX, com o *frisson* que agitava o campo dos Direitos Humanos no mundo pós-guerra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adota-

---

cendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

- <sup>25</sup> José Afonso da Silva diferencia os conceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais em sua obra da seguinte maneira: “Direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais. [...]

*Direitos Fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 176 a 178.

- <sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155 a 156.

da pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Em especial, os artigos 1º, 3º, 5º, 9º e 18º da Declaração afirmam categoricamente a proteção da Dignidade Humana. Estando a declaração embasada nos ideais do Princípio da Dignidade Humana, desta forma, pela primeira vez os Direitos Humanos passam a ser protegidos em âmbito internacional.

O Princípio da Dignidade Humana foi mais uma vez ressaltado no campo internacional em 22 de novembro de 1969, com a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica durante a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Novamente uma legislação internacional demonstrava interesse na ampla proteção dos Direitos Humanos.

Fundamentada nos Princípios da Dignidade Humana, a atual Constituição Federal vigente foi promulgada em 05 de outubro de 1988, assegurando na mais alta legislação nacional os princípios já protegidos internacionalmente. A Magna Carta é patente ao afirmar o embasamento do Estado democrático de direito brasileiro sobre a dignidade humana em seu artigo 1º, III.<sup>27</sup>

Estando, desta forma, assegurados os princípios defensores de uma vida digna na legislação pátria, todos os brasileiros passam a gozar dos mesmos, de forma a possibilitar, juridicamente, a defesa da qualidade de vida.

No processamento da ADI 3.510, o Princípio da Dignidade da Humana encontrou um fértil campo de discussão, pois este fora evocado por ambos os polos de entendimento.

Para quem combateu a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, a pesquisa e terapia representa uma violação à moral e aos direitos do embrião humano, vez que este é destruído para a coleta de suas células-tronco, é objetificado e utilizado como cobaia involuntária nas pesquisas.

No polo inverso da discussão, a defesa da liberação de pesquisa e uso de células-tronco embrionárias humanas em âmbito nacional utilizou-se do Princípio da Dignidade Humana como um meio de afirmar a constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005. Para estes, a possibilidade de cura de diversas

<sup>27</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;” BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

doenças, paraplégias e extinção das filas de doação de órgãos devolveriam certa dignidade às pessoas afligidas por estes males. Assim, a melhoria na qualidade de vida destes seres humanos justificaria a disposição de material genético humano para fins de experimentação e terapia.

### 2.3 DIREITO À SAÚDE

Mais um tema a ser fustigado na controvérsia gerada pela Lei 11.105/2005 foi o Direito Constitucional à Saúde. Inicialmente, cabe delimitar o significado do referido direito. A VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986 definiu em seu relatório final o Direito à Saúde como a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.<sup>28</sup>

A saúde participa do rol de Direitos Humanos como um direito fundamental de segunda geração. Previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo 25, é assegurado a todo ser humano o direitos de um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família acesso à saúde.<sup>29</sup>

A primeira Constituição Federal brasileira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde foi a Magna Carta de 1988<sup>30</sup> no segundo capítulo do Título II, mais especificamente figurando no artigo 6º.<sup>31</sup> Este direito social,

<sup>28</sup> BRASIL, 8ª Conferência Nacional de Saúde: Relatório Final, de 21 de março de 1986. Brasília, 1986. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8\\_CNS\\_Relatorio%20Final.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>29</sup> “Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.” ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Paris, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 685.

<sup>31</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro

posteriormente, tem sua garantia vinculada ao Estado por meio do dispositivo 196.<sup>32</sup>

Segundo José Afonso da Silva, a saúde é um bem extraordinariamente ligado à vida humana<sup>33</sup> e, citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, analisa que o direito à saúde apresenta duas facetas, uma de natureza negativa que consiste no direito de exigir do Estado e de terceiros que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde; e outra de natureza positiva que consiste no direito às medidas e prestações estatais visando a prevenção de doenças e seu tratamento.<sup>34</sup>

O Direito à Saúde fundamentou pesadamente os argumentos dos grupos favoráveis a declaração de improcedência da ADI 3.510. As principais vantagens da terapia desta medicina regenerativa seriam a fabricação de tecidos e órgãos para transplante, extinguindo as filas de doações de órgãos e a possibilidade de rejeição do transplante pelo corpo do paciente e, ainda, a viabilização de tratamento de enfermidade até então incuráveis, como a regeneração do tecido nervoso.

Por conseguinte, a proeminente tecnologia devolveria a saúde de seus pacientes, concordando com os dispositivos constitucionais de números 6 e 196, e também manteria seu padrão de vida, em obediência ao artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>35</sup>

Logo, a liberação de pesquisa e uso de células-tronco embrionárias humanas consistiria em uma questão de saúde pública, de forma que as possibilidades de tratamento vislumbradas nesta área da medicina representavam a esperança de cura de diversas enfermidades que afligiam a população brasileira e possibilitariam maior eficiência no atendimento pelo sistema de saúde pública.

---

de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>32</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 308.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 309.

<sup>35</sup> CHWARTZ, Germano; SCHREINER, Elisana. A (Im)Possibilidade da Clonagem Humana Frente à Legislação Brasileira: Uma Análise da Obra Admirável Mundo Novo. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 89-108, nov. 2008/ fev. 2009. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/rdisan/article/download/13131/14936>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

## 2.4 DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DA ATIVIDADE CIENTÍFICA

Decorrente do Direito Fundamental de Primeira Geração à Liberdade, este resguarda o ser humano contra a censura que sua atividade científica possa vir a sofrer. Claro que não consiste na liberdade absoluta de pesquisa, devendo estar pautado pela ética, de modo a evitar abusos em seu exercício.<sup>36</sup>

Em uma sociedade progressivamente mais tecnológica, a liberdade da atividade científica apresenta-se como um direito de crescente importância, retroalimentando a atividade científica por meio de sua proteção.

A Magna Carta prevê, em seu artigo 5º, IX, a liberdade de expressão como um direito fundamental de todo cidadão brasileiro.<sup>37</sup> Posteriormente, o texto constitucional impõe ao Estado brasileiro o dever da promoção e incentivo do desenvolvimento científico por meio do artigo 218.<sup>38</sup>

O §1º do mencionado dispositivo, ainda, autoriza do Estado a editar normas de fomento à atividade tecnológica<sup>39</sup> e o §2º imprime à pesquisa tecnológica o dever de voltarem-se principalmente à solução dos problemas brasileiros.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 818.

<sup>37</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>38</sup> “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.” Ibidem

<sup>39</sup> ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3510.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.



Embasando-se nesse direito, os defensores da manutenção da liberdade de pesquisa e uso de células-tronco embrionárias humanas teceram longa argumentação afirmando a compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de incentivo à atividade científica que vise melhorar as condições de vida de todos, assegurando assim a Dignidade Humana.

Em mesmo esteio, confrontando-se a atual ineficiência de atendimento do sistema público de saúde, pesquisas e o efetivo uso de células-tronco embrionárias humanas adquiriam uma crítica importância, viabilizando métodos mais eficientes de tratamento que uma melhor alocação dos escassos recursos da sucateada saúde pública.

### 3. O TRÂMITE PROCESSUAL DA ADI 3.510

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.510 foi movida no Supremo Tribunal Federal em decorrência de sua competência constitucional para processar e julgar ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade.<sup>40</sup>

O então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, propôs a ação constitucional contra o artigo 5º da Lei 11.105/2005, compondo o polo ativo da lide nos termos dos artigos 103, VI da Magna Carta<sup>41</sup> e 2º, VI da Lei 9.868/99.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;” BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>41</sup> “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

VI - o Procurador-Geral da República;” BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>42</sup> “Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

[...]

VI - o Procurador-Geral da República;” BRASIL, *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

Compondo o polo passivo da lide figuraram o Congresso Nacional e o Presidente da República, autoridades emanantes da lei impugnada, nos termos do artigo 6º da Lei 9.868/1999.<sup>43</sup>

Ainda, diversos *amici curiae* se habilitaram para participar do processo, sendo permitida a participação de entidades de grande representatividade social para a contribuição na discussão e maior legitimidade da decisão do pretório.<sup>44</sup> Apesar da proibição de intervenção de terceiros no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade prevista no artigo 7º da Lei nº 9.868/99, o parágrafo 2º do referido dispositivo admite a participação de *amicus curiae* considerando a relevância da matéria e representatividade dos postulantes.<sup>45</sup>

Desse modo, estava composto o processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – Distrito Federal.

<sup>43</sup> “Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.” BRASIL, *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>44</sup> “6. Prossigo para anotar que admiti no processo, na posição de “amigos da Corte” (*amici curiae*), as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO - ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB. Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema.” ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3510.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>45</sup> “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” BRASIL, *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

Assim, foram ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, sucessivamente, nos moldes do artigo 8º da Lei nº 9.868/99.<sup>46</sup>

Em decorrência da notável relevância social da discussão jurídica, o Ministro Carlos Ayres Britto, relator do processo determinou a realização de audiência pública,<sup>47</sup> à qual 22 (vinte e duas) autoridades científicas brasileiras assumiram a tribuna e discutiram aprofundadamente sobre o tema em julgamento, corroborando os argumentos de ambos os polos do processo.

Talvez a maior contribuição da ADI 3.510 para o processo constitucional brasileiro fora o fato de ter sido a primeira ação de seu gênero a adotar a faculdade de ouvir sumidades na qualidade de *amici curiae*, para o devido respaldo da decisão da corte. A inovação inclusive contou com protestos de estima por parte da Ministra Ellen Gracie, prontamente respondidos pelo Ministro Relator.<sup>48</sup>

Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, a participação dos *amici curiae*

<sup>46</sup> “Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.” BRASIL, *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>47</sup> “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.  
§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” BRASIL, *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>48</sup> “Não posso encerrar este pronunciamento sem louvar a iniciativa do meu Colega, o ministro Carlos Britto, que adota pela primeira vez, esta faculdade que a lei nos concede de fazer ouvir *experts* na matéria. Sua Excelência recebe de toda a Corte os elogios, e creio que recebe da população brasileira, também, o reconhecimento por esta disponibilidade e este impulso de fazer com que o Tribunal se abra efetivamente, para a comunidade científica. [...]

Em verdade, estamos homenageando o pluralismo, um dos conteúdos mais importantes da democracia; pluralismo que, no nosso caso, muito concorrerá para legitimar a decisão que o Supremo Tribunal Federal proferirá.” ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3510.NU-ME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

no processo é um exercício democrático que torna o cidadão autor do próprio destino.<sup>49</sup> Em virtude do silêncio da legislação brasileira sobre o início jurídico da vida humana, o objetivo da audiência pública ouvir especialistas em diversas áreas do saber para, por fim, suprir a lacuna legal com o entendimento do Poder Judiciário acerca da origem jurídica da vida humana a ser amplamente resguardada.<sup>50</sup>

Outro objetivo da audiência pública com os *amici curiae* foi uma legitimação social do entendimento adotado no acórdão proferido, eis que o Supremo Tribunal Federal não atuou como um distante órgão decisório, mas ouviu os anseios e crenças da sociedade, atuando como uma corte política.

Em sede decisória, os votos dos Ministros foram os mais diversos, abordando o tema por diversos pontos diferentes e julgando procedente ou improcedente a ação nas mais variadas extensões. Basicamente, os Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski julgaram a ação parcialmente procedente, os Ministros Gilmar Mendes Eros Grau e Cezar Peluso julgaram a ação improcedente com ressalvas e os demais Ministros julgaram-na totalmente improcedente.

<sup>49</sup> “Democracia é isso. É tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. É fazer do mero espectador um ator ou um autor do seu próprio destino” MINISTRO Carlos Ayres Britto concede entrevista a jornalistas após primeira rodada de palestras. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>50</sup> “11. À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade e uníssono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios. Inequivoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe do biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-tronco embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório.” ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3510.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

Da decisão final fora afastada a técnica da interpretação conforme a Constituição<sup>51</sup> e, em virtude da pluralidade de votos, o acórdão simplesmente declarou a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O Supremo terminou por adotar o entendimento pela Teoria Nidacionista na decisão da ADI 3.510. Assim, para o Excelso Pretório o embrião humano em ambiente extrauterino não possui vida humana pela impossibilidade de vir a ser pessoa, não sendo um nascituro, logo não possuindo expectativas de direitos por não se enquadrar no artigo 2º do Código Civil de 2002. Desta forma, mesmo com a liberação de pesquisas com células-tronco de embriões congelados, o direito à vida continua com proteção ampla no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda seguindo essa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal deixou claro o entendimento jurisdicional de que o embrião não possui Direitos Humanos a serem violados enquanto fora do útero, visto que a vida humana somente começa com a nidação do embrião no útero materno.

O Direito à Saúde fora enunciado como corolário do Direito Fundamental à Vida, vinculando o primeiro ao último pelos próprios argumentos anteriormente apresentados e o Direito à Livre Expressão da Atividade Científica foi citado como decorrente do Direito à Liberdade de Expressão, genuíno Direito de Personalidade que exige do máximo de proteção jurídica.

Desse modo, a ADI 3.510 atingiu seu desfecho declarando a total improcedência do pedido, mantendo a vigência do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 e vinculando o entendimento do Supremo a todos os Órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nos termos do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> “IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatividade.” ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3510.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

<sup>52</sup> “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, o judiciário pátrio e Administração Pública possuem entendimento sobre a origem jurídica da vida humana.

Claro que o pedido da ação movida pelo Procurador-Geral restringia-se à declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, contudo, a corte constitucional valeu-se da objetividade do processo de Controle Constitucional Concentrado para desvincular-se do estrito pedido e utilizar o a lide para pacificar entendimento acerca do tema, no caso sanar o silêncio legal acerca do início da vida humana.

A adoção do entendimento Nidacionista fora um posicionamento estratégico e condizente para o Tribunal, pois a adoção da Teoria Concepcionista implicaria indiretamente na caracterização como aborto de diversos métodos contraceptivos. O Acórdão, inclusive afirmou de patentemente o dever de resguardo do Direito ao Planejamento Familiar como forma de afastar a mencionada teoria.

A Teoria Natalista também foi afastada, em virtude de sua adoção contradizer os já pacificados Direitos do Nascituro, bem como a adoção deste entendimento viabilizar, como precedente, a descriminalização do aborto. O Ministro Celso de Mello, inclusive, afasta em seu voto qualquer caracterização da liberação de pesquisa com células-tronco à legalização do aborto.

Dessa forma, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 adentrou a história do processo constitucional brasileiro, como o icônico primeiro caso ao qual a previsão de participação de *amicus curiae* em ADI foi efetivamente aplicado. Ainda, o processo terminou por pacificar entendimento acerca do silêncio legislativo sobre o início da vida humana, resguardando a segurança jurídica sobre o tema.

---

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” BRASIL, *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

## 5. REFERÊNCIAS

ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3510.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+3510.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

BIBLIA Sagrada. 2 ed. Embu: Ave Maria, 2002.

BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

BRASIL, *Lei nº 8.974 de 05 de janeiro de 1995*. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8974.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8974.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

BRASIL, *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

BRASIL, *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

BRASIL, *Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

BRASIL, 8ª *Conferência Nacional de Saúde*: Relatório Final, de 21 de março de 1986. Brasília, 1986. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8\\_CNS\\_Relatorio%20Final.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FONTELES, Cláudio Lemos. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

MELDAU, Débora Carvalho. *Nidação*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/embriologia/nidacao>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ONU, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Paris, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

SCHWARTZ, Germano; SCHREINER, Elisana. A (Im)Possibilidade da Clonagem Humana Frente à Legislação Brasileira: Uma Análise da Obra Admirável Mundo Novo. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 89-108, nov. 2008/ fev. 2009. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/rdisan/article/download/13131/14936>>. Acesso em: 04 de outubro de 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Larissa Maria Melo. *Processo de Tomada de Decisão na ADI de N. 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal: Uma Análise Etnográfica*. 101 f. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em direito do Cento Universitário de Brasília [UnICEUB], sob a orientação do Prof. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu. Brasília: UnICEUB, 2009.

SUNDERLAND, Poppy. *Patriarchy in the Roman Family*. Disponível em: <<http://www.helium.com/items/1839281-patriarchy-in-the-roman-family>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.





# RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Anderson Rodrigues Alencar<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por objeto apresentar ao leitor conceitos fundamentais relativos ao recurso extraordinário com uma visão simplificada dos elementos básicos para sua instrumentalização junto ao Supremo Tribunal Federal. O leitor terá a oportunidade em apenas 15 páginas de entender a funcionalidade do recurso extraordinário e sua dinâmica para aprimoramento do conteúdo normativo brasileiro. Através do antecedente histórico entenderá como nasceu o instituto e sua adaptação ao sistema legal nacional. Entenderá como é utilizado nos dias atuais e sua importância legal.

**PALAVRAS – CHAVES:** Supremo Tribunal Federal, recurso extraordinário, lei, interpretação literal, violação.

## 1. Introdução

O recurso extraordinário é um instituto de origem estadunidense criado em 1789 com o *Judiciary Act*, possibilitando que a Suprema Corte revisse as decisões finais das Cortes Superiores estaduais em hipóteses específicas relacionadas com a constitucionalidade das leis e a invalidade das leis estaduais.<sup>2</sup>

O professor João Alfredo de Souza Montenegro citado por José Arildo Valadão afirma que o recurso extraordinário nasce da preocupação destacada na Convenção da Filadélfia de fazer sobressair a lei da União, a Constituição, colocando-a a salvo dos pruridos regionalistas que se desencadeavam perigosamente, ameaçando a sua uniformidade e supremacia, mas foi na Corte

---

<sup>1</sup> Pós-graduando em Direito pelo UniCEUB.

<sup>2</sup> Valadão, José Arildo. A nova função do recurso extraordinário. Brasília - DF: Gazeta Jurídica, 2013, pag.247.

Suprema Americana que o recurso extraordinário obteve seu arcabouço político-jurídico<sup>3</sup>.

O recurso extraordinário no Brasil ingressou no ordenamento jurídico através do Decreto n.º 848, de 24 de outubro de 1890, art. 9º, parágrafo único, mas a previsão constitucional propriamente dita só veio em 1891, especificamente no art. 59, § 1º; não tinha o nome de recurso extraordinário, que só veio no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Vale notar, que o recurso extraordinário no Direito pátrio foi implantado sem a contraproposta da técnica do *stares decisis* característico dos países de origem anglo-saxão que acolheram em seus ordenamentos jurídicos o sistema de Direito do common Law. José Afonso da Silva, afirma que transportou-se o recurso, mas não se podia transplantar uma tradição jurisprudencial e doutrinária que, na América do Norte, lhe dera base segura e aprimorada para a Federação americana, assim, como sempre acontece, quando se adota técnica existente em sistema cultural diferente, o recurso sofreu, aqui, os azares da incompreensão<sup>4</sup>. Diferente do que ocorre nos Estados Unidos, no Brasil o recurso extraordinário não tem efeito vinculante.

Essa é uma problemática do recurso extraordinário brasileiro, como instrumento de defesa da ordem constitucional. O legislador pátrio traz ao ordenamento instituto de outros países de cultura legal bastante diferente e não faz as adequações necessárias para o correto funcionamento do instrumento importado. No caso, “houve um transporte mecânico e material das normas de recurso extraordinário, do *Writ of error* sem aquela adaptação natural e reelaboração psicológica, por se ter, esquecido de que o Direito é um fenômeno cultural”<sup>5</sup>. Essas adaptações vem do trabalho de estudiosos que se empenham na construção de esquemas teóricos a fim de adaptar os institutos jurídicos à dinâmica social, tendo em vista, principalmente, o papel que eles, no caso o recurso extraordinário, desempenham da defesa da ordem constitucional.

<sup>3</sup> Idem, ibidem pag. 247.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1963, p. 30.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso. Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 30.

## 2. Finalidade

Os recursos não foram concebidos única e exclusivamente para tutelar o interesse das partes litigantes, mas também para dar esteio à importante função estatal de prestar tutela justa e adequada aos jurisdicionados. O controle feito pelos tribunais sobre as decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição contribui para a segurança jurídica<sup>6</sup>.

Ademais, o recurso extraordinário é instrumento criado pelo próprio Estado, exclusivamente para controle e aperfeiçoamento da aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais. O direito das partes é colocado em segundo plano, dar-se maior ênfase ao direito objetivo previsto pelo ordenamento jurídico.

No meio jurídico se tem a ilusão que o recurso extraordinário é como outro qualquer. Destinado a corrigir injustiças nos julgamentos, este instrumento processual revela a hierarquia da competência judicante da Suprema Corte em relação aos tribunais locais e, na mesma linha destes, em relação aos juízes de primeiro grau. Entretanto, não existe qualquer correlação: nem o Supremo Tribunal Federal é uma terceira instância nem o recurso extraordinário é apelação.

No âmbito do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal se preocupa apenas com a eventual contrariedade à Constituição contida na decisão recorrida.

Bem a propósito, o recurso extraordinário é fundado no interesse da ordem pública, que quer ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da constituição.

Não é que o recurso extraordinário não se presta para realizar justiça no caso concreto – apenas, definitivamente, que essa não é a sua primeira inspiração.

Segundo José Afonso da Silva, “seu fundamento e sua finalidade são, pois, político-constitucionais. Mas isto não lhe retira o caráter eminentemente processual. É um meio processual que o Estado pôs à disposição das partes, para que, defendendo o próprio interesse subjetivo, dêem ao Pretório Excelso o ins-

---

<sup>6</sup> Miranda de Oliveira, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 89.

trumento de controle da unidade do direito nacional e, sobretudo, da supremacia da Constituição”<sup>7</sup>.

### 3. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos

Araken de Assis, citado por Pedro Miranda de Oliveira afirma: “todo recurso prolonga a solução do processo. Sendo assim, é natural que para legitimar a atividade adicional subsequente à interposição do recurso a lei imponha uma série de requisitos específicos. A esse conjunto de condições, cuja análise deverá ser realizada pelo órgão judiciário, previamente ao julgamento do próprio conteúdo do recurso, dá-se o nome de juízo de admissibilidade”<sup>8</sup>. O recurso pode ser identificado como extensão do direito de ação.

Para se conhecer a ação é necessário que tenha preenchido certos requisitos e estando estes ausentes impedirá o conhecimento do mérito. Fato semelhante ocorre com os recursos que se não preencher os pressupostos não são apreciados.

No direito brasileiro, ao contrário do italiano e do alemão, o juízo de admissibilidade é, em regra, bipartido: o primeiro (provisório) no juízo *a quo* e o segundo no juízo *ad quem*. As exceções ficam por conta do agravo de instrumento, que é interposto diretamente no juízo *ad quem*, e dos embargos de declaração, que são julgados pelo próprio órgão que proferiu a decisão embargada.

No processamento do recurso extraordinário duas são as fases em que e procede ao juízo de admissibilidade. No entanto, a admissibilidade do recurso e verificada em três momentos: primeiro, pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal local; depois, pelo ministro relator, já no Supremo Tribunal Federal; e, por finalmente pelo órgão colegiado.

Nelson Nery Junior citado por Pedro Miranda de Oliveira afirma: “a competência para o juízo de admissibilidade dos recursos é do órgão *ad quem*. Ao tribunal destinatário cabe, portanto, o exame definitivo sobre admissibilidade do recurso. Ocorre que, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso. Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 107.

<sup>8</sup> Miranda de Oliveira, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade é normalmente diferido ao juízo *a quo* para, num primeiro momento, decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso”.<sup>9</sup>

O juízo de mérito diz respeito à verificação dos argumentos trazidos pelo recorrente e ao acolhimento ou não dos pedidos existentes no recurso. Enfim, chama-se juízo de mérito a tarefa de verificar se a parte recorrente tem ou não razão quanto ao objeto invocado no recurso.

O conteúdo o juízo de mérito, portanto, é a matéria devolvida ao órgão competente com a interposição do recurso e que pode levar à anulação ou reforma da decisão impugnada. Ressalvado os embargos de declaração os demais recursos tem por objetivo a reforma ou anulação da decisão.

#### **4. Hipóteses de cabimento**

As hipóteses taxativas de cabimento do recurso extraordinário estão elencadas expressamente no art. 102, III, da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

contrariar dispositivo desta Constituição;

declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição;

julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

##### **4.1 Contrariedades a dispositivo constitucional (alínea a)**

A primeira hipótese de cabimento do recurso extraordinário é a contrariedade à norma constitucional.

Dispões expressamente o art. 102, III, a, da CF que cabe ao STF julgar, me-

<sup>9</sup> Idem, ibidem, pag. 101.

diante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “contrariar dispositivo desta Constituição”.

A redação do dispositivo descrito na Constituição Federal, art. 102, III, alínea “a”, utilizou hipótese de procedência para aludir à hipótese de cabimento de recurso extraordinário, misturando juízo de admissibilidade com juízo de mérito.

Parte-se do pressuposto que a decisão foi incorreta e precisa ser corrigida pelo Supremo Tribunal Federal. O pressuposto contido na alínea a diz respeito, também, ao próprio mérito do recurso, não obstante tenha sido manejada como hipótese de cabimento.<sup>10</sup>

Apesar de a redação do dispositivo mencionar o cabimento de recurso extraordinário quando a decisão recorrida “contrariar dispositivo desta Constituição”, afirma José Carlos Barbosa Moreira, citado por Pedro Miranda de Oliveira “que contrariar, neste caso, significa alegar-se que contraria, bastando a alegação de contrariedade para tornar cabível o recurso.”<sup>11</sup>

José Miguel Garcia Medina afirma que bastará a afirmação de haver ofensa a norma constitucional examinada para que o recurso extraordinário seja admitido.

#### **4.2 Declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (alínea b)**

Também cabe o recurso extraordinário quando “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (CF, art. 102, III, b).

Nos termos da alínea b, o recurso extraordinário funciona como verdadeiro mecanismo de fiscalização do controle difuso de constitucionalidade realizado nas instâncias ordinárias.

O recurso nesse caso tem por fim questionar a inconstitucionalidade reconhecida pela decisão recorrida. O texto faz menção à declaração de inconstitucionalidade, o que significa dizer que a decisão de única ou última instância, ao solucionar a lide, declarou que determinado dispositivo de tratado ou lei federal é contrário ao texto constitucional.

A diferença básica entre o recurso extraordinário fundamentado na alínea a e o fundamentado na alínea b, portanto, reside no fato de que, no primeiro caso,

<sup>10</sup> Miranda de Oliveira, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 111.

<sup>11</sup> Idem, ibidem.



o recorrente deve demonstrar que a decisão ofendeu a Constituição, enquanto no segundo deve demonstrar que a lei ou tratado internacional é constitucional.

Deve ficar claro que na declaração de inconstitucionalidade, pelo tribunal local, deve-se observar a regra de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição, segundo o qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

#### **4.3 Validade de lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição (alínea c)**

Outra possibilidade de recurso extraordinário se quando acórdão que declara a validade de lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição. Busca-se o recorrente, por intermédio do recurso extraordinário, declaração de invalidade de lei ou ato do governo local.

Segundo Rodrigo Barioni, citado por Pedro Miranda de Oliveira o referido dispositivo “pressupõe, em primeiro lugar, que tenha havido contestação, isto é, impugnação da validade da lei ou ato de governo local diante de dispositivo constitucional. Em segundo lugar, a decisão recorrida deve ter rejeitado a imputação de inconstitucionalidade da lei ou do ato de governo, reconhecendo-os válidos. Como se vê a hipótese não coincide com a prevista na alínea b, mas, a rigor, está compreendida naquela estabelecida na alínea a. A distinção, porém, tem caráter didático, para esclarecer que aposição do órgão *a quo*, no sentido de declarar a constitucionalidade da lei ou do ato de governo local, não afasta a competência do Supremo Tribunal Federal para, em sede de recurso extraordinário, decretar-lhes inconstitucionalidade”<sup>12</sup>.

#### **4.4 Validade de lei local contestada em face de lei federal (alínea d)**

Na redação original da Constituição Federal de 1988 era o Superior Tribunal de Justiça que apreciava por meio de recurso especial, a decisão recorrida que julgasse “válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal” (CF, art. 105, III, b).

<sup>12</sup> Miranda de Oliveira, Pedro. Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pag. 125.



Com a Emenda Constitucional nº 45/2004 cindiu a competência dos Tribunais Superiores: permaneceu com o STJ a análise da validade de ato de governo local contestado em face da lei federal; transferiu ao STF a análise da validade de lei local contestada em face da lei federal.

## **5. Requisitos e condições genéricas de cabimento**

A essas hipóteses elencadas pelo dispositivo pátrio em seu art. 102, III, alíneas a, b, c e d, se acrescentam quatro condições gerais, todas revestem os casos expressos no do inciso e, nos termos explicados, defluem do texto constitucional, a saber:

Esgotamento das vias recursais ordinárias.

Prequestionamento da questão constitucional no ato impugnado.

Ofensa direta ao texto constitucional.

A repercussão geral da questão constitucional discutida no recurso.

### **5.1 Esgotamento das vias recursais ordinárias**

Nos termos do art. 102, III, compete ao STF julgar recuso extraordinário das “causas decididas em única ou última instância”. O dispositivo demonstra o cabimento, em princípio de recurso extraordinário contra pronunciamentos emitidos em primeiro grau de jurisdição, ao contrário do que ocorre com o recurso especial, que há de atacar, formalmente, acórdãos, conforme preceitua o art. 163 do Código de Processo Civil.

Fica claro ser indispensável que o pronunciamento do juiz singular ou de Tribunal seja “final”. Significa que o provimento há de se mostrar imune a outro recurso na instância ordinária, exceção feita ao próprio extraordinário ou aos embargos de declaração.

A exigência do esgotamento dos recursos ordinários não se estende às ações impugnativas autônomas (rescisórias, mandado de segurança e habeas corpus ou reclamação).

### **5.2 Pquestionamento da questão constitucional**

Uma vez vencido o juízo de admissibilidade dos recursos ordinários, o órgão *ad quem* descortinará os horizontes do respectivo mérito. Sabe-se que nem

sempre, as matérias suscitadas pelas partes no decorrer do processo e dos recursos ordinários, serão levadas a cabo para fins de fundamentar a interposição do Recurso Extraordinário, é deveras interessante perceber que, ex-officio, questões constitucionais decididas pelo órgão jurisdicional trazem o quesito obrigatório, independente da vontade das partes. Não existe vínculo obrigatório entre atividade das partes e prequestionamento.

### **5.3 Ofensa direta à norma constitucional**

A admissibilidade do recurso extraordinário exige ofensa à Constituição. Tal acontece quando é o próprio texto constitucional que resultou ferido, sem lei federal de permeio.

Esse entendimento acabou expresso na Súmula do STF, nº 636, no que concerne ao disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, in verbis: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

### **5.4 Repercussão geral da questão constitucional**

A “crise” do STF traduziu-se, ao fim e ao cabo, no excessivo número de processos sujeitos a julgamento naquela Corte. Esse problema obscureceu a avaliação objetiva do STF no seu aspecto decisivo – na institucionalização e preservação do Estado democrático de direito. No entanto termos delineados à competência recursal, na CF/1891, e na qual o STF funcionava como tribunal de segundo grau para a Justiça Federal, já vaticinavam quantidade avassaladora de recursos – fato que os eventos posteriores confirmaram de modo dramático. A amplíssima competência originária e recursal do STF desencadeou crise de natureza funcional. E as mudanças posteriores jamais lograram erradicar ou amenizar o fenômeno pertinaz e nocivo.

## **6. Conclusão**

O recurso extraordinário apresenta requisitos a serem preenchidos para a sua admissibilidade e apreciação. Caso não haja uma satisfatória apresentação destes requisitos o recurso se quer é apreciado.

No art. 102 da Constituição Federal tem-se a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o recurso extraordinário que será quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal de 1988, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei local contestada em face da Constituição Federal e ainda julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Em um primeiro exame o recurso deverá se encaixar em uma dessas hipóteses para ser admitido, mas a Lei trás os Requisitos Genéricos que são esgotamento das vias recursais ordinárias, o prequestionamento da questão constitucional no ato impugnado, a ofensa direta ao texto constitucional e a repercussão geral da questão constitucional discutida no recurso.

Preenchido esses requisitos a parte terá fatalmente seu recurso conhecido, pois esses são os exigidos legalmente para a admissibilidade e conhecimento do recurso

## **7. Bibliografia**

VALADÃO, José Arildo, A nova função do recurso extraordinário. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro, Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso, Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

ASSIS, Araken de. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis. In: Nery Junior, Nelson; Arruda Alvim Wambier, Teresa (coord.). Meios de impugnação ao julgado civil – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro:Forense, 2007.

BARIONI, Rodrigo. Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 124, p. 28-39, jun. 2005.

# OBJETIVIZAÇÃO DOS PROCESSOS SUBJETIVOS: A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CAMILA DA SILVA BARREIRO<sup>1</sup>

## Sumário

1. Introdução. 2. A objetivização dos processos subjetivos. 3. A modulação de efeitos no controle incidental de constitucionalidade. 4. A posição do STF acerca da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em processos subjetivos. 5. Conclusão. 6. Referências.

## RESUMO

O presente artigo destina-se a tratar do fenômeno da objetivização dos processos subjetivos, expondo suas origens nos processos civil e constitucional brasileiros, bem como evidenciando os instrumentos que vêm colaborando para a intensificação desse processo. Especial atenção é conferida à modulação de efeitos nos recursos extraordinários: buscou-se compreender sua inspiração no direito estrangeiro, bem como expor as razões que têm justificado sua aplicação no direito brasileiro e, ainda, expor o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da utilização desse instituto no controle incidental de constitucionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** controle difuso de constitucionalidade; objetivização dos processos subjetivos; modulação de efeitos.

## 1. INTRODUÇÃO

A inovação introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, como que para coroar uma necessidade de reformas e prestigiar e/ou positivar movimentos já há algum tempo ensaiados pelo Judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, trouxe mudanças auspiciosas aos processos civil e constitucional.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo – USP; pós-graduanda em “Novas Tendências do Direito Público” pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Analista Judiciária – Área Judiciária no Supremo Tribunal Federal (STF).

O controle incidental de constitucionalidade, com a sanha pela aproximação com o *common law* e os esforços para trazer para o direito brasileiro o mecanismo do *stare decisis* e a estrutura dos precedentes, foi um dos mecanismos que mais sofreu alterações.

No bojo do processo reformador, levado a cabo com os intuitos de prestigiar a igualdade na aplicação da lei, a celeridade no desfecho das lides e de, em último grau, prestigiar as Cortes Superiores, fazendo com que deixassem de atuar como meros tribunais de superposição, assistiu-se à entrada de diversos institutos inovadores: a súmula vinculante, a sistemática da repercussão geral, os incidentes de resolução de demandas repetitivas. Paralelamente a isso, a ultrapassada previsão do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que atribui ao Senado Federal o papel de editar resolução suspendendo a eficácia de dispositivo declarado inconstitucional pela Suprema Corte em sede de controle concreto perdeu força, ao passo que a teoria da transcendência dos motivos determinantes ganhou mais e mais expressividade.

É possível dizer que a repercussão geral, enquanto requisito constitucional de admissibilidade, contribuir sobejamente para o impulso de objetivização dos processos subjetivos. Até então fazia-se o controle *incidentur tantum* com efeitos apenas *inter partes*; com a chegada desse instituto, passa-se a ter algo bem próximo do sistema de precedentes norte-americano (o qual, por si só, traz embutido em si a idéia de objetivização) – e isso com previsão na Constituição da República. Assistiu-se à positivização da força vinculante dos precedentes, de modo que a decisão conferida a um processo passa a ser aplicada a todos os demais que contem com idêntico substrato fático e jurídico. Isso não seria possível, obviamente, sem a já mencionada transcendência dos motivos determinantes: diferentemente da jurisprudência, com efeito apenas persuasivo, na nova técnica decisória o juiz, mais do que boca da lei, é intérprete que constrói, valendo-se da dialética, norma concreta a partir de caso real, extraindo disso uma *ratio decidendi*, a qual será estendida a todos os outros casos, posto que logrou-se, aí, uma abstrativização.

Nota-se, portanto, que um processo marcadamente subjetivo, cuja discussão e efeitos se restringia-se às partes, passa, com o instituto da repercussão geral, a apropriar-se de características do processo objetivo. Diante do sucesso alcançado pela técnica, os tribunais e o legislador, atentos a isso, fizeram ampliar,

nos últimos anos, a gama de instrumentos manejáveis sob esta sistemática, até mesmo como uma forma de conferir maior legitimidade a decisões que, embora tomadas num processo *inter partes* acabam por ter efeito vinculante para todos. Foi assim que vieram a lume a possibilidade, ainda discutida, de ajuizamento de reclamação contra decisão judicial que desafia pronunciamento do STF em sede de controle incidental de constitucionalidade, a admissão da figura do *amicus curiae* nos processos escolhidos para servir como *leading cases*, a reinterpretação do papel do Senado e, por último, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade.

A modulação de efeitos, prevista no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, encontra previsão legal apenas na esfera do controle concentrado e, por isso mesmo, sua aplicação nos processos subjetivos ainda encontra resistência na Suprema Corte brasileira. Faz sentido, entretanto, ante o caráter cada vez mais objetivo dos julgamentos do recurso extraordinário, que transportem-se institutos da esfera do controle concentrado para o controle incidental, dado que os efeitos práticos têm sido em quase tudo equivalentes. Trata-se, ademais, consoante já apontado, de uma estratégia para conferir maior legitimidade a soluções que serão aplicadas a todos indistintamente, tornando o processo decisório, assim, também mais democrático. Ademais, não se pode ignorar que as mesmas necessidades de proteção ao relevante interesse social e à segurança jurídica existentes no controle abstrato de constitucionalidade estão presentes na decisão proferida em recurso subjetivo com eficácia *erga omnes*.

A controvérsia suscitada é interessante e a técnica de modulação de efeitos tem encontrado cada vez mais aceitação, inclusive no Supremo Tribunal Federal, sendo possível inclusive dizer que tem se tornado recorrente especialmente nos casos dotados de grande repercussão econômica, política e social.

Vejamos abaixo, mais detalhadamente, aquilo de que se fala.

## 2. A OBJETIVIZAÇÃO DOS PROCESSOS SUBJETIVOS

O controle incidental de inconstitucionalidade por excelência opera-se no bojo de um processo individual, produzindo efeitos apenas e tão somente entre as partes que dele participaram. A doutrina mais tradicional, ancorado na teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, sempre defendeu que a eficácia da

declaração de inconstitucionalidade, por sua vez, seria retroativa – ou seja, retroagiria para reconhecer a nulidade desde a origem do ato ou norma extirpado do ordenamento.

O sistema constitucional brasileiro previa, desde 1934, que apenas o Senado poderia conferir efeito geral à decisão do STF que, em controle concreto, declarava a inconstitucionalidade de um determinado dispositivo. A Constituição de 1988 manteve tal sistemática, em seu artigo 52, inciso X: a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre controle de inconstitucionalidade nos recursos extraordinários. A respeito, a doutrina majoritária sempre afirmou que a pronúncia da inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório, o que tornaria inconcebível coisas como “situações juridicamente criadas”, “atos jurídicos formalmente perfeitos”, “efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos” com fundamento em lei inconstitucional.

A evolução do direito processual constitucional, contudo, levou a previsão do artigo 52, inciso X ao ostracismo, de maneira que, atualmente, o instituto tem aplicabilidade limitada à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Afinal, não se vislumbra sua utilidade, por exemplo, ante a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nem tampouco quando o STF, adotando uma determinada interpretação, restringe o significado de dada expressão ou colmata lacuna contida no regramento ordinário. A intervenção do Senado da República fica cada vez mais debilitada, também, pela pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), pela ampliação do rol de legitimados para propositura da ADI, por previsões como a da Lei n.º 8.038/90 que autoriza o relator a negar seguimento monocraticamente a recurso manifestamente inadmissível, incabível, improcedente ou prejudicado ou ainda que contrarie súmula do STF ou do STJ, pelo emprego das ações coletivas para realização de controle difuso de constitucionalidade, dentre outras previsões.<sup>2</sup>

Ante tal constatação, percebe-se a resolução suspensiva de eficácia, além

<sup>2</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. pp. 1.113-1.114.

de ultrapassada, desprestigia os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e atenta até mesmo contra a lógica ao supor, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, que “a eficácia geral somente pode ser atribuída às decisões de inconstitucionalidade, e não às demais decisões proferidas pelo STF.”<sup>3</sup> O mesmo Marinoni é quem pondera que “dar eficácia vinculante a um precedente constitucional significa dar autoridade às decisões do STF, e não excluir uma lei do ordenamento jurídico” pois “assim como as decisões de constitucionalidade podem ser revogadas, o mesmo pode ocorrer com as decisões de inconstitucionalidade.”<sup>4</sup>

Ciente disso, o Ministro Gilmar Mendes, vislumbrando a ocorrência de uma mutação constitucional, vem advogando a tese de que a fórmula relativa à suspensão da execução há de ter simples efeito de publicidade, de maneira que se o Supremo, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado apenas para que publique a decisão no diário do Congresso. A idéia, portanto, é que a própria decisão da Corte contém eficácia normativa, de maneira que a expedição da resolução suspensiva não implicaria decisão subjetiva, mas simples cumprimento de dever de publicação. Tal solução, na visão do ministro, permitiria superar, de um lado, as incongruências entre a jurisprudência da Suprema Corte e a orientação dominante na legislação processual e, de outro a visão doutrinária ortodoxa do art. 52, inciso X.<sup>5</sup>

Esse movimento de reconhecimento da eficácia normativa das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle difuso – até mesmo porque constituindo precedentes constitucionais, devem necessariamente ser respeitados pelos demais tribunais – bem como o clamor por uma reforma do Poder Judiciário que prestigiasse a segurança jurídica e a celeridade processual, propiciaram a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que introduziu os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral, os quais foram dotados dos objetivos de diminuir o número de processos no STF, uniformizar a interpretação constitucional sem que seja necessário que a Corte decida diversos casos idênticos

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. p. 884.

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. pp. 884-885.

<sup>5</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. pp. 1.113-1.114.



sobre a mesma questão e afirmar o papel do STF como Corte Constitucional.

A adoção do instituto da repercussão geral representou muito mais do que um novo requisito de admissibilidade constitucional; implicou, propriamente a introdução de um regime inédito de processamento de recursos e de geração de efeitos sobre as ações individuais ancoradas em questões constitucionais idênticas, inserindo no controle difuso de constitucionalidade um elemento de ordem objetiva que traz um elemento de racionalização do trabalho do Poder Judiciário.<sup>6</sup>

A repercussão geral, na forma como abraçada pelo legislador brasileiro, encontra forte influência na tradição norte-americana dos precedentes.

A respeito, Hermes Zanetti Júnior esclarece:

“Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato.

Os precedentes judiciais, como entendemos neste trabalho, consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente e a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual. Por esta razão, não se confundem com a jurisprudência, pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas na própria decisão (ou decisões) do tribunal com respeito à matéria. De outra sorte, não se confundem com a jurisprudência porque obrigam o próprio tribunal que decidiu, sendo este responsável, tanto quanto as cortes inferiores, por sua manutenção e estabilidade. Como vere-

<sup>6</sup> FERRAZ, Taís Schilling. Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade. In: Repercussão geral no recurso extraordinário. pp.77-80.

mos adiante a característica da jurisprudência é atuar apenas de forma “persuasiva” e não há sentido falar em precedentes “persuasivos”. Dessa forma, exarado um precedente, sua consideração passa a ser obrigatória todas as vezes que a mesma matéria venha a ser debatida em casos considerados análogos pelo próprio órgão julgador (vinculação horizontal). Insistimos no ponto fundamental, igualmente não se confundem com a jurisprudência, por serem de observância obrigatória por todos os tribunais inferiores que estão submetidos à decisão do tribunal de hierarquia institucional superior (vinculação vertical). Portanto, os precedentes não são meramente persuasivos ou exemplificativos do entendimento dos tribunais – diferença qualitativa.”<sup>7</sup>

Ao criar o requisito da repercussão geral, o legislador trouxe para o direito brasileiro e para o seio do controle incidental de constitucionalidade a análise do caso concreto com a consequente extração de um entendimento vinculante – que se poderia dizer uma norma, pois se aplicará a todos os demais processos idênticos. A fundamentação agora vincula. E isso porque, analisando-se esta última, extrai-se a *ratio decidendi* ou motivo determinante, que é a razão a qual, considerada na motivação, afigura-se imprescindível à decisão tomada. O que a repercussão geral faz é, partindo da análise de um processo subjetivo, abstrair seus motivos determinantes e conferir-lhes efeitos vinculantes. É a chamada transcendência dos motivos determinantes, eficácia que, oriunda da fundamentação, recai sobre situações as quais, embora contendo particularidades próprias e distintas, mostram-se, em sua integridade, similares àquela já dirimida e, por este motivo, requerem a incidência dos mesmos motivos apresentados pelo Tribunal quando da decisão paradigma.<sup>8</sup> Consoante se nota, a elaboração de uma tese a partir de um único recurso extraordinário e a aplicação dessa mesma tese a inúmeras outras demandas, bem como a atribuição de eficácia vinculante e *erga*

<sup>7</sup> ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. In: Revista de processo. v. 235. set./2014. pp. 5-7.

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. pp. 857-859.

*omnes* às razões de decidir e à decisão de um entendimento firmado em sede de controle difuso de constitucionalidade constitui evidente demonstração da objetivação do controle de constitucionalidade nos processos subjetivos.

Paralela e diretamente ligada a essa nova cultura do precedente, nota-se uma ampliação nada convencional do âmbito de cognição do recurso extraordinário. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Recurso Extraordinário n.º 565.714/SP, no qual debatia-se a utilização do salário mínimo como indexador e base de cálculo do adicional de insalubridade por lei complementar do Estado de São Paulo. Na ocasião, o Supremo foi muito além do pedido e vedou o emprego do salário mínimo para qualquer finalidade. Ao assim proceder, nada mais fez o Tribunal que abstrair a questão constitucional posta no recurso e ampliar o objeto da ação então sob exame, manejando típico instrumento de controle abstrato de constitucionalidade. Sem dúvida, pode parecer precoce falar abertamente em *causa paetendi* aberta no recurso extraordinário, uma vez que é imprescindível que a questão constitucional encontre-se delimitada. Todavia, é inegável que os julgados do STF vêm pavimentando um caminho no sentido da superação dos lindes tradicionais, inclusive o prequestionamento, rumando para um processo subjetivo que, a cada dia, aproxima-se mais e mais do processo objetivo.<sup>9</sup>

Outro sinal de objetivação dos processos subjetivos é a admissão do *amicus curiae*. Trata-se de instituto típico do controle concentrado trazido para os recursos extraordinários escolhidos para paradigmas de repercussão geral a fim de se concretizar o ideal de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, proporcionando-se a participação de terceiros num debate que, a princípio, seria do interesse apenas das partes.<sup>10</sup> Tal se deve, sem dúvida, à necessidade de permitir à sociedade como um todo participar de uma discussão que, embora tenha se originado entre litigantes determinados, conta com vulto e interesse geral, posto que, aquilo que ali se decidir, será aplicado a todos. É uma forma de se conferir legitimidade à decisão que, tomada, a princípio, na esfera individual, atingirá repercussão e eficácia coletiva. Trata-se, em adição, indubitavelmente, de fator de objetivação do controle incidental de inconstitucionalidade – e não

<sup>9</sup> FERRAZ, Taís Schilling. Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade. In: Repercussão geral no recurso extraordinário. pp.97.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário. pp. 39-40.

só pela transposição de um instrumento do controle concentrado, mas pela própria oportunização a terceiros, que não são parte no processo, de participar dos debates – até algum tempo isso seria impensável em sede de recurso extraordinário fora das figuras admitidas pelo processo civil.

Isso não é tudo. É possível elencar ainda uma série de outras evidências dessa objetiva - quando, por exemplo, (i) a Ministra Ellen Gracie dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de recurso extraordinário sob o fundamento de conferir efetividade a posicionamento do STF sobre a questão adotado em julgamento de outro recurso extraordinário, (ii) o Ministro Sepúlveda Pertence admitiu a possibilidade de o Supremo julgar recurso extraordinário com fulcro em fundamento distinto daquele analisado pelo tribunal recorrido (RE n.º 298.694/SP), (iii) o artigo 475, §3º do Código de Processo Civil dispensa o reexame necessário nas hipóteses em que a sentença abraça entendimento do Pleno do STF, a despeito de ter sido ou não sumulado, (iv) a ampliação do rol de cabimento da reclamação constitucional para abranger casos de desobediência a decisões proferidas pelo Tribunal Pleno em controle difuso de constitucionalidade, a despeito da existência de súmula vinculante (discussão da Reclamação n.º 4.335/AC).<sup>11</sup> Nessa lista, é possível incluir ainda, como evidência do caráter cada vez mais objetivo dos recursos subjetivos, a dispensabilidade do procedimento do artigo 97 da CF/88 em razão da regra do artigo 481, § único do CPC, a qual confirmando tendência já há tempos observada na Corte, exclui a obrigatoriedade de se enviar o debate acerca da constitucionalidade de determinada matéria ao Pleno quando a mesma já houver sido objeto de deliberação pela Corte em momento anterior.

A observação permite inferir que o STF, precedendo ao legislador e atuando como um guia e precursor da atuação deste último, vem coordenando significativas mudanças no sentido de promover uma aproximação entre os dois sistemas atualmente previstos de controle de constitucionalidade; a consequência disso, num contexto de sociedade e conflitos de massa e litigiosidade explosiva marcado pela busca de uma padronização decisória<sup>12</sup>, tem sido a objetivização

<sup>11</sup> DIDIER JÚNIOR, Freddie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: Recursos e a duração razoável do processo. pp.235-238.

<sup>12</sup> NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. In: Revista de processo. v. 199. set./2011. pp. 2-6.

do controle difuso. É como assinala Valéria Maria de Araújo Silva, em referência ao Ministro Gilmar Mendes: a experiência evidencia que a tendência dominante é a escalada da contaminação dos dogmas do controle difuso pelos princípios orientadores do método concentrado, o que vem levando à imprescindibilidade de alterações no controle concreto, pois esse contato mais próximo entre os dois sistemas tem revelado uma tendência de dessubjetivização das formas processuais.<sup>13</sup>

Essa necessidade de, dadas as dimensões que as decisões proferidas na esfera do controle subjetivo adquirem, adotar procedimentos de objetivização, fez trazer para o controle concreto de constitucionalidade um instituto até então inaplicado a ele: a modulação de efeitos.

### **3. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE**

A Lei n.º 9.868/99, em seu artigo 27, prevê que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Tal previsão, é importante ressaltar, aplica-se, originalmente, apenas ao controle abstrato de constitucionalidade, vez que o diploma normativo supra-referido tem por objeto dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

No direito norte-americano, que serviu de inspiração para a repercussão geral, a súmula vinculante e a cultura dos precedentes aqui implantados, a jurisprudência já há um bom tempo evoluiu para além da clássica decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados, passando a admitir a superação prospectiva, que poderá ser limitada (aplicando-se tão somente aos processos originários e àqueles iniciados após a decisão), como ilimitada (apli-

<sup>13</sup> SILVA, Valéria Maria de Araújo. Nova tendência no controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do STF. In: Revista de legislação do trabalho. v. 10. out./2011. P. X.

cando-se nem mesmo à demanda que a originou). Nos Estados Unidos, portanto, o que se tem hoje, no sistema de controle incidental mais tradicional do mundo, é a plena admissibilidade da mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, observando-se, em casos pontuais, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos unicamente *pro futuro*<sup>14</sup>

Cabe lembrar que a técnica do *prospective overruling* guarda íntima relação com a revogação de precedentes. A modulação de efeitos nasceu e solidificou-se por razões, sobretudo, de proteção da confiança. Conforme anota Mitidiero,

“[q]uando nada indica provável revogação de um precedente, e, assim os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento. Isso ocorre para que as situações que se formaram com base no precedente não sejam atingidas pela nova regra.”<sup>15</sup>

Atento a isso e buscando reproduzir aqui as conclusões a que lá se chegou, o Ministro Gilmar Mendes tem defendido que também o modelo difuso brasileiro, claramente inspirado no estadunidense, não seria incompatível com a doutrina da limitação de efeitos. *In verbis*:

“A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos

<sup>14</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. p. 1.128.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. p. 876.

constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.”<sup>16</sup>

Partindo-se das premissas acima lançadas, infere-se não haver, de fato, razão para que os fundamentos constitucionais legitimadores da modulação de efeitos no controle abstrato não sejam aplicados também ao controle difuso. Isso por uma questão de coerência – as razões de grande repercussão e relevante interesse social, bem como os princípios constitucionais que guiam a modulação no controle abstrato não se aplicam apenas a ele, mas permeiam todo o processo constitucional – e também por questões de isonomia e segurança jurídica – se os efeitos da decisão proferida em processo subjetivo vão afetar e vincular a todos, mostra-se deveras acertado trazer para o âmbito do controle difuso ferramentas de contenção e minoração de distúrbios/danos já habitualmente manejados no controle concentrado de constitucionalidade, naturalmente dotado de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Há, contudo, quem divirja e, embora admitindo a técnica da modulação dos efeitos, defende que sua admissão no âmbito do recurso extraordinário deve-se a razões distintas daquelas que a justificam nas ações do controle concentrado; a eficácia prospectiva dos pronunciamentos levados a cabo no processo subjetivo não seria consequência lógica da possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.<sup>17</sup>

Para Marinoni, que integra essa corrente, a aplicabilidade da técnica de efeitos dever-se-ia, em primeiro lugar, ao fato de que, atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão equivale a proporcionar autoridade aos fundamentos mesma relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, de modo que estes últimos ficam vinculados ou obrigados em face da *ratio decidendi* do precedente. Assim, uma primeira conclusão permitiria inferir que técnica

<sup>16</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. p. 1.129.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. p. 878.

da obrigatoriedade do respeito aos motivos determinantes é utilizada para atribuir força ou autoridade aos precedentes judiciais.

Em segundo lugar, e diretamente ligado ao argumento anterior, o poder de modular os efeitos da decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade derivaria exclusivamente do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança justificada – exatamente pela repercussão que a orientação tomada na decisão em recurso extraordinário adquire.

Em terceiro lugar, porque a declaração de inconstitucionalidade prolatada em controle concreto, embora ostente eficácia vinculante, não elimina, sem a expedição de resolução suspensiva pelo Senado, a norma tida como institucional, a qual ficará apenas em estado latente. Surge, assim, um problema: o STF, na via incidental, conta sempre com a possibilidade de, partindo de critérios rígidos, negar os fundamentos determinantes de seus pronunciamentos. Uma vez que a revogação de um precedente institui novo regramento de observância obrigatória, surge evidente a possibilidade de a segurança jurídica e a confiança depositada na Corte restarem violentadas. Ante a legítima expectativa e a confiança justificada, seria recomendável que, então, em caso de alteração do posicionamento do Supremo, atribuam-se efeitos prospectivos à decisão, independentemente de esta ser de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

O raciocínio, ao final, é que

“cabe analisar, em determinadas situações, a eficácia a ser dada à decisão que revoga precedente constitucional, e assim, a necessidade de limitar a retroatividade para tutelar as situações que se pautaram no precedente revogado. Embora a viabilidade de outorgar efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade esteja expressa no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, é indiscutível que esta possibilidade advém do princípio da segurança jurídica, o que significa que, ainda que se entendesse que tal norma de aplica apenas ao controle principal, não haveria como negar a possibilidade de modular os efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário.”<sup>18</sup>

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. p. 879.



Independente da tese adotada, o fato é que a modulação de efeitos nos controle difuso de constitucionalidade é hoje uma realidade. E uma realidade que acarreta significativas inquietações. Algumas delas são traduzidas por Luís Alberto Reichelt:

“Sob essa ótica, ao julgar o recurso extraordinário, o STF não está apenas julgando um recurso interposto por uma parte em face de um acórdão, mas também está, ao mesmo tempo, ditando uma *política* a ser seguida pelo Poder Judiciário em casos análogos àquele decidido em sede de precedente. Essa política acabará ganhando espaço de aplicação tanto no julgamento dos recursos extraordinários que estejam com a sua tramitação sobrestada nos tribunais de origem (art. 543-C, §§ 3.º e 4.º, do CPC (LGL\1973\5)) quanto nas decisões que vierem a ser proferidas em face de novos recursos extraordinários que vierem a ser submetidos à análise do STF (art. 543-C, § 4.º, do mesmo diploma legal).

Todas essas considerações revelam a existência de um quadro consideravelmente mais complexo e que reclama atenção redobrada do intérprete no que se refere aos critérios que poderão ser utilizados pelo STF para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei no julgamento de recursos extraordinários dotados de repercussão geral. Ao mesmo tempo em que a preservação da segurança jurídica e do interesse público devem servir como guias para o intérprete ao estabelecer a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei no enfrentamento de caso concreto julgado em um recurso extraordinário, esses mesmos critérios acabam por influenciar na forma como o mesmo STF estabelecerá uma nova política a ser aplicada no julgamento dos recursos extraordinários que veiculem questões análogas àquela constante do paradigma originalmente analisado.”<sup>19</sup>

<sup>19</sup> RECHELT, Luís Alberto. A duração do processo, o julgamento do recurso extraordinário dotado de repercussão geral e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: Revista de Processo. v. 193. mar./2011. p. 6.

Importa salientar que, embora a modulação de efeitos nos processos subjetivos conte com diversos entusiastas e ganhe, paulatinamente, aceitação na Suprema Corte, a técnica não é uma unanimidade. Georges Abboud, comentando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no HC n.º 82.959/SP e na Reclamação n.º 4.335/AC, teceu severas críticas ao colegiado. A título de esclarecimento, no HC 82.959/SP declarou-se incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos (art. 2º, §1º da Lei n.º 8.072/90), ocasião em que o STF inclusive modulou os efeitos de sua decisão, conferindo-lhe efeitos prospectivos. Ante a negativa de juiz do Estado do Acre em aplicar, a outro processo, essa mesma decisão, sob o argumento de que não havia sido editada resolução pelo Senado Federal que sustasse os efeitos da norma, a Defensoria Pública da União ajuizou a Reclamação n.º 4.335/AC.

Feito esse adendo, releva dizer que Abboud criticou a interpretação que se fez do artigo 52, inciso X da Constituição Federal e qualificou a mutação constitucional então defendida como fraude à Constituição. Para o jurista, o que o STF promoveu foi verdadeira “mutação constitucional à brasileira”, uma tentativa de um setor da Corte de criar uma inviável e inconstitucional modalidade de mutação constitucional à revelia da própria Lei Maior.

O jurista elabora severa crítica à idéia de que inexistiria diferença entre controle difuso e controle concentrado, de modo que se o Supremo decidisse em sede difusa, em se tratando do mesmo órgão, essa decisão teria efeito idêntico ao daquela proferida em sede abstrata. Para ele, tal concepção ignora que o controle incidental diferencia-se do controle concentrado em seu objeto, na forma da lei e também em seus efeitos. A objetivação do controle difuso também é severamente rechaçada: a idéia de atuação somente objetiva do STF, a seus olhos, não apenas parece inadequada, como também, em sua compreensão, concede ao tribunal fazer o que quiser, até mesmo afastar-se do texto constitucional. Em suas palavras:

“A ideia de que a atuação do STF e do STJ estaria reduzida apenas a uma função objetiva não encontra respaldo no texto constitucional. Nem mesmo mediante emenda constitucional seria possível transformar o STF e o STJ em

tribunais que julgam questões exclusivamente de natureza objetiva, uma vez que, mesmo com a alteração dos arts. 102 e 105 da CF/1988, ainda assim não estaria autorizado tal entendimento. Isso ocorre porque somente seria possível afirmar que o STF e o STJ são tribunais de natureza jurisdicional exclusivamente objetiva se fossem suprimidos do texto constitucional todos os *writs* constitucionais previstos no art. 5.º da CF/1988, tais como: mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*.

Outro exemplo de como essa *objetivação* permite ao STF praticar o ativismo que quiser é a decisão da Min. Ellen Gracie no AgIn 374.011 (Informativo STF/365), que dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional. No voto, o recurso extraordinário foi equiparado a remédio de controle abstrato de constitucionalidade; assim, dispensou-se o prequestionamento para assegurar posicionamento do STF sobre matéria.

Ocorre que o prequestionamento (o termo tecnicamente correto é causa decidida) constitui requisito constitucional para que o recurso especial ou extraordinário possam ser admitidos. Em termos simples, a decisão mencionada simplesmente ignorou texto constitucional. Novamente, se o STF puder ignorar o texto constitucional qual o limite para suas decisões?

Essas são algumas das razões pelas quais controle abstrato não é a mesma coisa que controle difuso. Por exemplo, a declaração da inconstitucionalidade em sede difusa nunca tem o poder de *nadificar a lei*, ela não retira a lei do ordenamento. Não retira vigência, apenas validade. Mesmo nos EUA, quando a Suprema Corte declara inconstitucional a lei, ela deixa de ser aplicada pelo sistema de precedentes, mas essa lei entra em estado de dormência. Ela não é retira-

da do ordenamento. A qualquer momento ela pode voltar a ser aplicada por meio de um *overruling*.<sup>20</sup>19

Abboud entende que o entendimento esboçado quanto à mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição da República representa ruptura do sistema, com flagrante ofensa à Carta Magna, uma vez que o que estaria ocorrendo seria modificação da mesma sem o devido processo legislativo.

Dito em outras palavras, em sua concepção, nossa Constituição não equipara controle abstrato ao controle concreto; por conseqüência, seria vedado ao intérprete, quem quer que seja ele, fazê-lo. O autor explicita que, para ele, o Texto Maior não conferiu ao STF poder para, via controle concreto, extirpar do ordenamento a lei tida como inconstitucional, mas apenas e tão somente para deixar de aplicá-la na solução da lide. Nessa hipótese, o STF decide a controvérsia existente entre as partes do processo; o processo é subjetivo e o objeto litigioso encontra-se limitado pela petição inicial do autor, sendo vedada sua ampliação de ofício.<sup>21</sup>

Perceba-se que uma interpretação como essa deságua, inevitavelmente, na impossibilidade de modulação de efeitos, seja ao excluir a equiparação dos controle difuso e concentrado de constitucionalidade, eliminando a possibilidade de adotar-se em um as ferramentas do outro, seja ao privilegiar a legalidade, o texto literal do Texto Maior, o espírito da Constituição Federal, a escolha do legislador e criticar a atividade criativa dos intérpretes, colocando em segundo plano as idéias de confiança, legítima expectativa e segurança jurídica que norteiam os defensores da adoção da técnica dos efeitos prospectivos no controle incidental.

#### **4. A POSIÇÃO DO STF ACERCA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM PROCESSOS SUBJETIVOS**

A modulação de efeitos em processos subjetivos julgados, com a introdução do sistema da repercussão geral, em que pese algumas posições divergentes,

<sup>20</sup> ABOUD, Georges. Crítica à jurisprudência do STF em matéria de controle de constitucionalidade. In: Doutrinas essenciais de direito constitucional. v. 10. ago./215. pp. 6-7.

<sup>21</sup> ABOUD, Georges. Crítica à jurisprudência do STF em matéria de controle de constitucionalidade. In: Doutrinas essenciais de direito constitucional. v. 10. ago./215. pp. 7-8.

é hoje uma realidade no Tribunal, sendo amplamente aceita. Os precedentes em que se admitiu a modulação são diversos: (i) o caso dos vereadores de Mira Estrela (RE 197.917/SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa); (ii) a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/91 e suas consequências (RE 559.943/RS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia; REs 556.664/RS e 560.626/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes); (iii) a questão do critério etário nos concursos públicos para ingresso nas Forças Armadas (RE 600.885/RS), Relatora a Ministra Cármen Lúcia); (iv) a controvérsia relativa à competência para processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada com o fito de obter complementação de aposentadoria (REs 583.050/RS e 586.453/SE, Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli); (v) a discussão acerca da constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos (RE 658.026/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli); (vi) a declaração de inconstitucionalidade de lei complementar municipal que descumpriu as exigências constitucionais para a contratação temporária (RE 527.109/MG, Relatora a Ministra Cármen Lúcia); (vii) a controvérsia relativa à competência para processar e julgar as ações de indenização decorrentes de danos sofridos no ambiente de trabalho (RE 600.091, Relator o Ministro Dias Toffoli); (viii) a questão do prazo prescricional para cobrança de valores de FGTS não pagos (ARE 709.212/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes); (ix) a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo que estabelecia o regime de cumprimento de pena integralmente fechado para crimes hediondos (HC 82.959/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio).

Da leitura dos julgados acima elencados, extrai-se que o Supremo Tribunal Federal, para justificar a aplicação da técnica de modulação de efeitos em processos subjetivos, tem invocado o processo de objetivização dos processos subjetivos (conforme frisou o Ministro Luiz Fux, “já é mais do que pacífico que o recurso extraordinário com repercussão geral encerra uma objetivação do recurso ordinário, porque é diferente”)<sup>22</sup> e a crescente necessidade de abrandamento da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais (hipótese em que, no entender do Ministro Dias Toffoli, a modulação seria um “dever do órgão julgador, inde-

<sup>22</sup> Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n.º 586.453/SE.

pendendo até mesmo de pedido da própria parte )<sup>23</sup>, além de motivos de ordem fática e de política judiciária.

Em regra, tem-se condicionado a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade à existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a qual deverá vir aliada ao voto favorável de ao menos 2/3 dos membros da Corte.

Outra justificativa para a adoção dos efeitos prospectivos emulada pela Corte é o princípio da razoabilidade, tanto em sua origem conceitual, como na definição de seus efeitos. Confira-se o que consignou o Ministro Dias Toffoli em um precedente:

(...) Embora o **efeito prospectivo** variável possa causar certa espécie, seja por seu aspecto inovador, seja por não encontrar previsão constitucional expressa, quando compreendido sob uma ótica teleológica, não é difícil constatar que ele **encontra fundamento no princípio da razoabilidade**, porquanto objetiva não apenas minimizar o impacto das decisões do Supremo sobre relações jurídicas já consolidadas, como também evitar a ocorrência de vácuo legislativo, em tese mais gravoso para o ordenamento legal do que a subsistência temporária da norma declarada inconstitucional. (grifo nosso)<sup>24</sup>

A modulação de efeitos em processos subjetivos tem sido justificada, ainda, com arrimo em uma alegada tendência do mundo jurídico a, em muitos casos, rejeitar a teoria da nulidade, adotando, em seu lugar, a teoria da anulabilidade para o caso concreto. Atente-se para manifestação do Ministro Gilmar Mendes em importante *leading case*:

“Não se nega, pois o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício in-

<sup>23</sup> Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.601/DF.

<sup>24</sup> Recurso Extraordinário n.º 353.657/PR.

compatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, **configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.**

Desse modo, em muitos casos, **há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade**, como demonstram os múltiplos exemplos de direito comparado e do nosso direito.” (grifo nosso)<sup>25</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski, trouxe mais um argumento ao sustentar que as Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99, ao autorizarem o Supremo Tribunal Federal a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sem imposição de qualquer outro limite expresso, não excluíram, a rigor, a possibilidade de modulação da eficácia subjetiva da decisão, nem tampouco de desconsiderar-se o efeito repristinatório da decisão que reconhece a inconstitucionalidade sobre o ato revogado. Esse poder conferido ao Supremo, em sua concepção, decorreria do papel de “guarda da Constituição” exercido pela Corte, “um múnus de matiz político, cujo exercício comporta considerável margem de discricionariedade, exatamente para que a Corte possa dar efetividade ao princípio da supremacia constitucional.”<sup>26</sup>

Nota-se, todavia, que a admissão da modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade não implicou sua aplicação ampla e irrestrita. Analisando a jurisprudência, é possível observar que a aplicação de efeitos prospectivos a decisões do Supremo Tribunal Federal somente tem sido aceita em casos tidos pelo colegiado como específicos e excepcionais, em que a modulação se mostre não só justificada, como essencial. A alteração de jurisprudência longa-

<sup>25</sup> Recurso Extraordinário n.º 197.917/SP.

<sup>26</sup> Recurso Extraordinário n.º 353.657/PR.

mente adotada pela Corte tem sido tida como uma dessas hipóteses, conforme consignado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do ARE n.º 709.212/DF. Por outro lado, no RE n.º 586.453/SE, em que se tratou da competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada com o fito de obter complementação de aposentadoria, a Relatora, Ministra Ellen Gracie propôs (e o Tribunal acompanhou) a modulação de efeitos em razão da fixação de uma orientação para matéria nunca antes tratada de forma uniforme pela Corte.

É possível observar que, ao conferir efeitos prospectivo a pronunciamento proferido em sede de controle incidental de constitucionalidade, a preocupação do STF bem explicitada pelo Ministro Celso de Mello, tem sido resguardar o cidadão da instabilidade jurisdicional dos Tribunais, posto que isso afeta o postulado da confiança e compromete enormemente a exigência da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado Democrático de Direito.<sup>27</sup>26 O argumento é que a Suprema Corte detém importante e inegável função político-jurídica e, reconhecendo isso, ela mesma, ciente de suas funções de segurança jurídica, de interpretação jurisprudencial, de simplificação da atividade processual e de previsibilidade decisória, reconhece a possibilidade, até mesmo em matérias de natureza constitucional, de determinar a modulação temporal dos efeitos do julgamento com que o Supremo uniformiza o entendimento jurisprudencial acerca de uma determinada matéria.

## 5. CONCLUSÃO

A reforma introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 proporcionou substanciais alterações para os processos constitucional e civil brasileiros ao trazer para nosso país, por meio de institutos como a repercussão geral e a súmula vinculante, a cultura jurídica dos precedentes. Desde então, assistimos a um processo cada vez mais intenso de objetivização dos processos subjetivos, potencializado, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, a quem foi conferida a prerrogativa de, julgando um determinado processo em controle incidental de constitucionalidade, conferir-lhe efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. É verdade

<sup>27</sup> Recurso Extraordinário n.º 586.453/SE.



que dispositivos que autorizam a negativa de seguimento monocrática pelo relator quando uma decisão está de acordo com a jurisprudência do Supremo também existem, mas a repercussão geral, da forma como configurada, representou um passo além no esforço de conferir às decisões judiciais maior isonomia e segurança jurídica, além de privilegiar a celeridade no deslinde de demandas.

Numa sociedade conflagrada, notabilizada pelos conflitos e demandas de massa, a necessidade de padronização e de objetividade impôs-se, até mesmo como uma forma de prestigiar as já citadas isonomia e segurança jurídica. Seguiu-se a isso um movimento de valorização da idéia de *ratio decidendi*, com a conseqüente ampliação da teoria dos motivos determinantes. Daí para a objetivização do controle difuso foi um passe, posto que uma determinada *ratio decidendi* deverá ser aplicada indistintamente a todos as demandas dotadas do mesmo substrato fático e jurídico, sob pena de odiosa diferenciação. Quando esses motivos determinantes passaram a ter força vinculante geral, tomou-se claramente o da aproximação entre o controle abstrato e o controle concreto de constitucionalidade.

Tal opção, ao que tudo indica, obteve sucesso, produzindo relevantes resultados. Tanto assim que, nos últimos anos, o número de institutos inseridos na sistemática da repercussão geral só fez acentuar o processo de objetivização: possibilidade de intervenção de *amicus curiae*, modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida em recurso extraordinário, legitimação ampla para propositura de reclamação em controle concreto. Paralelamente a isso, desenvolveram-se debates acerca da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que levaram estudiosos a rediscutir a finalidade da resolução suspensiva do Senado; houve, ainda o assento da dispensabilidade do procedimento do artigo 97 da Carta da República quando o Pleno do STF já houver se pronunciado acerca da constitucionalidade da matéria. Por mais críticas que se possa apresentar – e elas são absolutamente pertinentes – a objetivização do controle incidental é uma realidade e ganha cada vez mais força, sendo praticamente impossível pensar no funcionamento do Judiciário, sobretudo dos Tribunais Superiores, hodiernamente, sem ela.

Junto a ela veio a já mencionada modulação de efeitos. Em que pesem os entendimentos diversos, o Supremo Tribunal Federal, com arrimo justamente nas já mencionadas idéias da objetivização dos processos subjetivos e da apro-

ximação entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade previstos no direito brasileiro, não tem se furtado a empregá-la sempre que vislumbrados os requisitos do excepcional interesse social e/ou da segurança jurídica.

A posição daqueles que rejeitam o “consequencialismo” e insistem que a modulação de efeitos, além de ignorar a força e a validade do texto constitucional, promove a banalização e enfraquecimento da mesma é extremamente válida. Ocorre que estão em jogo idéias e princípios tão relevantes quanto, como a estabilidade jurídica e social, a legítima confiança na jurisprudência pacífica dos tribunais, a segurança jurídica, a razoabilidade e, ao menos até o presente momento, estes têm saído vitoriosos do debate, inclusive na mais alta Corte brasileira.

## 6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Crítica à jurisprudência do STF em matéria de controle de constitucionalidade. In: *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. v. 10. ago/2015. pp. 951-967.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. 9.ed.rev. e atual.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4.335/AC. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20 de março de 2014. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101> >. Acesso realizado em: 13.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.959/SP. Paciente: Oséas Campos. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça e outro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206> >. Acesso realizado em: 13.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 197.917/SP. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 6 de junho de 2002. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847> >. Acesso realizado em: 13.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 527.109/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Congonhal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 9 de abril de 2014.. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7065003551049> >. Acesso realizado em: 15.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 559.943/RS. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Abdalla Hussein Humad ME. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=551049> >. Acesso realizado em: 15.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 566.664/RS. Recorrente: União. Recorrido: Novoquim Indústria Química Ltda. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617> >. Acesso realizado em: 15.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 560.626/RS. Recorrente: União. Recorrido: REDG – Consultoria Tributária Sociedade Civil Ltda. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=567931> >. Acesso realizado em: 14.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 583.050/RS. Recorrente: Banco Santander Banespa S/A. Recorrido: Lianne Lopes Prates. Relator: Ministro Cezar Peluso. Redator para acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630015> >. Acesso realizado em: 14.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 586.453/SE. Recorrente: Fundação Petrobrás de Seguridade Social - Petros. Recorrido: Nivaldo Mercenas Santos. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Redator para acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630014> >. Acesso realizado em: 16.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 600.885/RS. Recorrente: União. Recorrido: Leonardo Cristian Mello Machado. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 9 de fevereiro de 2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624857> >. Acesso realizado em: 16.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 600.091/MG. Recorrente: Fiat Automóveis S/A. Recorrido: Wasinghton Luiz Nazaret e outro(s). Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 25 de maio de 2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625734> >. Acesso realizado em: 14.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 600.885/RS. Recorrente: União. Recorrido: Leonardo Cristian Mello Machado. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 9 de fevereiro de 2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624857> >. Acesso realizado em: 14.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 658.026/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Câmara Municipal de Bertópolis. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 9 de abril de 2014. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7098736> >. Acesso realizado em: 16.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n.º 709.212/DF. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de novembro de 2014. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004> >. Acesso realizado em: 14.10.2015.

DIDIER JUNIOR, Freddie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: JORGE, Flávio Cheim; NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo; RODRIGUES, Marcelo Abelha; OLIVEIRA, Bruno Silveira de (coords.). *Recursos e a duração razoável do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. pp. 227-241.

FERRAZ, Thaís Schilling. Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 77-107.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. In: *Revista de processo*, v. 199m set.2011, pp. 41-83.

REICHELDT, Luis Alberto. A duração do processo, o julgamento do recurso extraordinário dotado de repercussão geral e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: *Revista de processo*, v. 193, mar.2011, pp. 131-150.

SILVA, Valéria Maria de Araújo. Nova tendência no controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do STF. In: *Revista LTr*, n. 10, out.2011.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. In: *Revista de processo*, v. 235, set.2014, pp. 293-34







  
**Uniceub**  
Centro Universitário de Brasília

**ICPD** Instituto CEUB de  
Pesquisa e  
Desenvolvimento

ISBN 978-85-61990-50-3

